

**Centrul de Studii Juridice de Drept Privat
Craiova**

**REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE
SUPLIMENT 2015**

Coordonatori număr:

- Conf. univ. dr. Diana DĂNIȘOR
- Lect. univ. dr. Cristina STANCIU



Vol. 30 (2015)

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.: 0732.320.666
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,
Universitatea din Craiova

Editor executiv:

Conf. univ. dr. **LUCIAN BERND SĂULEANU** – Facultatea de Drept,
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 și 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. univ. 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:

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

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

La gestation pour autrui en droit français, entre passe et avenir <i>Annie BOTTIAU</i>	9
Fundamentarea răspunderii pentru fapta minorului sau a celui pus sub interdicție <i>Pompil DRĂGHICI</i>	30
Obligațiile solidare în reglementarea Codului civil român <i>Ștefan SCURTU</i>	45
Considerații privind efectele deciziilor Curții Constituționale, din perspectiva soluțiilor pronunțate după intrarea în vigoare a noului Cod penal și a Codului de procedură penală <i>Monica BUZEA</i>	61
Particularități în procesul de creare a normelor de drept internațional <i>Natalia CHIRTOACĂ</i>	68
Limitele controlului exercitat de instanța judecătorească asupra Ordonanțelor Guvernului <i>Carmen Adriana DOMOCOS</i>	75
Ambiguitatea delimitării dintre fiscalizarea creativității și aceea a muncii normale <i>Edmond Gabriel OLTEANU, Sorin DOMNIȘORU</i>	83
Rolul întrebărilor preliminare în uniformizarea dreptului la nivelul statelor membre <i>Gabriel Liviu ISPAS</i>	93
Uzucapiunea tabulară în Codul civil. Mod de operare <i>Irina Olivia CĂLINESCU</i>	102
Executarea hotărârilor judecătorești și a altor titluri executorii, condiție imperativă a sistemului judiciar caracterizat de preeminența dreptului <i>Oana-Maria BĂLAN (GÎRLEȘTEANU)</i>	106
Noutăți legislative aduse în materia succesiunilor de regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 <i>Ioana NICOLAE</i>	116
Despre claritate și obscuritate normativă în materia conținutului infracțiunii atunci când se reglementează tendințe atenuante sau agravante ale legiuitorului penal. Reflecții privind determinarea unei anumite naturi juridice a dispoziției legale din art. 308 Cod penal român astfel cum a fost aceasta stabilită prin jurisprudența obligatorie a instanței supreme <i>Mihai DUNEA</i>	127

Jurisprudența postmodernă (între Lethe și Mnemosyne) <i>Adela TEODORESCU CALOTĂ</i>	158
Probleme de bioetică generate de interacțiunea dinamică dintre dispozițiile legislative privind avortul și alte reglementări <i>Ancuța Elena FRANȚ</i>	171
Clasificarea tratatelor în legislația română: o falsă problemă? <i>Ion GĂLEA</i>	182
Garantarea dreptului individului la libertatea de religie - reglementări interne și internaționale <i>Roxana MATEFI</i>	198
Noile prevederi ale Codului de procedură penală privind ascultarea persoanelor, percheziția și expertiza <i>Gabriel NAGHI</i>	204
Rolul și evoluția jurisprudenței în dreptul românesc <i>Mihail NIEMESCH</i>	211
Repere privind conceptul de autonomie locală <i>Tudor PAȘCANEANU</i>	222
Răspunderea juridică pentru prejudicii cauzate prin activități care implică organisme modificate genetic <i>Maria-Cristina PETRE</i>	229
Angajarea răspunderii pentru creditarea imprudentă <i>Adriana Ioana PÎRVU</i>	236
Asociațiile de dezvoltare intercomunitară. Natură juridică și atribuții cu privire la serviciile comunitare de utilități publice <i>Camelia Raluca VOINEA</i>	242
Despre capcane și elipse în noul Cod de procedură penală <i>Magdalena ROIBU</i>	257
Aspecte teoretice și practice privind Ordonanțele de Urgență ale Guvernului în contextul prevederilor constituționale în vigoare și al jurisprudenței Curții Constituționale a României <i>Oana ȘARAMET</i>	270
Revizuirea hotărârilor în contenciosul administrativ în lumina jurisprudenței Curții Constituționale a României și a Curții de Justiție a Uniunii Europene <i>Laurențiu ȘONERIU</i>	284
Discuții cu privire la modificarea și completarea Codului muncii potrivit Legii nr. 12/2015 referitoare la concediul de odihnă al salariaților <i>Dan ȚOP</i>	293

CONTENTS

Pregnancy for others in French law, between past and future <i>Annie BOTTIAU</i>	9
Liability for the acts of the minor and the person laid under interdiction <i>Pompil DRĂGHICI</i>	30
Solidary obligations as regulated by the Romanian Civil Code <i>Ștefan SCURTU</i>	45
Considerations on the effects of Constitutional Court decisions in terms of solutions passed after the entry into force of the new Criminal Code and Criminal Procedure Code <i>Monica BUZEA</i>	61
Particularities in the process of creating norms of international law <i>Natalia CHIRTOACĂ</i>	68
Control limits exercised by law court on the Government Ordonnances <i>Carmen Adriana DOMOCOS</i>	75
Ambiguity delimitation of creativity taxation and that of normal labor <i>Edmond Gabriel OLTEANU, Sorin DOMNIȘORU</i>	83
The role of preliminary ruling to secure uniformity of the EU legal order throughout the Member States <i>Gabriel Liviu ISPAS</i>	93
Land Book Registration Prescription in Civil Code. The way it operates <i>Irina Olivia CĂLINESCU</i>	102
The Execution of Judiciary Decisions and Other Enforceable Titles, an Imperative Condition of the Judicial System Characterised by the Preeminence of Law <i>Oana-Maria BĂLAN (GÎRLEȘTEANU)</i>	106
Legislative news in matters of heritage to the Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 th July 2012 <i>Ioana NICOLAE</i>	116
About clarity and obscurity in expressing the constitutive content of incriminating norms, when regulating mitigating or aggravating legislative trends in the field of criminal policy. Reflections on the determination of a specific legal nature for the provisions of art. 308 of the Criminal Code as established by the mandatory jurisprudence of Romania's Supreme Court <i>Mihai DUNEA</i>	127

Postmodern Jurisprudence (Between Lethe and Mnemosyne) <i>Adela TEODORESCU CALOTĂ</i>	158
Bioethical issues arising from the dynamic interaction between legal provisions on abortion and other legal regulations <i>Ancuța Elena FRANȚ</i>	171
Treaties classification within the Romanian legislation: a false problem? <i>Ion GĂLEA</i>	182
Guarantee the right of individuals to freedom of religion - domestic and international regulations <i>Roxana MATEFI</i>	198
The new provisions of the Criminal Procedure Code regarding the hearing persons', search and expertise <i>Gabriel NAGHI</i>	204
Roll and case law development in Romanian law <i>Mihail NIEMESH</i>	211
Marks on the concept of local autonomy <i>Tudor PAȘCANEANU</i>	222
Legal liability for damages caused by activities involving genetically modified organisms <i>Maria-Cristina PETRE</i>	229
Commitment of liability for imprudent lending <i>Adriana Ioana PÎRVU</i>	236
Intercommunity development associations. Legal and duties related to community services of public utilities <i>Camelia Raluca VOINEA</i>	242
About pitfalls and ellipse in the new Criminal Procedure Code <i>Magdalena ROIBU</i>	257
Theoretical and Practical Aspects Regarding Emergency Ordinances Adopted by Government in the Context of the Current Constitutional Provisions and the Jurisprudence of the Constitutional Court of Romania <i>Oana ȘARAMET</i>	270
The review of judgments in administrative litigations matters, in the light of the jurisprudence of Romanian Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union <i>Laurențiu ȘONERIU</i>	284
Discussion on the amendments and supplements of Labour code according to Law no. 12/2015 on annual leave of employees <i>Dan ȚOP</i>	293

LA GESTATION POUR AUTRUI EN DROIT FRANÇAIS, ENTRE PASSE ET AVENIR

Annie BOTTIAU
Maître de Conférences - Université Lille 2
Directrice du Service Relations Internationales
de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales

Les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1^{er} Pluviôse an IX, Fenet, 1836, t. I.¹⁾

§ Pregnancy for others in French law, between past and future

Abstract:

The bearing mother is initially perceived as the mother of the child, as it is she who gives birth to it, whereas the surrogate-mother abandons her rights over the baby in order to allow recipient parents to establish legal filiation with the child. Though authorized in Romania, the employment of surrogate-mothers in France is forbidden, thus leading to couples who have infertility problems to make use of this technique abroad and return subsequently with the child. Therefore, the application of the method of settling conflicts of law in situations that involve surrogate-mothers is not without its difficulties in the French legal system.

Key words: *surrogacy, conflicts of law, French legal system.*

¹⁾ Cité par Jean-René Binet in «PMA, Gestation pour autrui: l'impuissance des lois face au mouvement continu de la vie », Droit de la famille n° 1, Janvier 2015, repère 1.

«Mater semper certa est»... Les mots de cet adage romain résonnent comme une vérité absolue à laquelle le droit français est attaché. Les premières initiatives de gestation pour autrui remontent aux années 1980 alors que la fécondation in vitro n'avait pas encore donné de résultats concluants. Il était question de mettre en relation des couples infertiles avec des femmes susceptibles, après insémination par le sperme du conjoint, de mener à terme une grossesse et de remettre l'enfant à sa naissance. La mère de «substitution» était de ce fait à la fois porteuse ou génitrice. Cette technique ne nécessitait pas de réelle intervention médicale. Aujourd'hui la gestation pour autrui peut se réaliser grâce à une fécondation in vitro préalable. Dans ce cas, il est possible de prélever les gamètes d'un couple demandeur, puis de transférer l'embryon obtenu dans l'utérus d'une autre femme qui n'est que gestatrice. La maternité pour autrui consiste pour une femme à «accepter de porter un enfant pour une autre ou pour un couple dont la femme est stérile ou dans l'impossibilité physique d'être enceinte et s'engage à l'abandonner à la naissance pour permettre son adoption. L'ovocyte peut provenir soit de la mère-porteuse, soit de la femme stérile, soit théoriquement tout au moins d'une autre femme»²⁾. La maternité pour autrui consiste donc en une gestation pour autrui prévue dans le cadre d'une convention de mère-porteuse conclue entre ladite mère-porteuse et les parents dits d'intention ou commanditaires. La mère-porteuse est bien à l'origine considérée comme la mère de l'enfant puisqu'elle en accouche, mais la gestation pour autrui implique que la mère accoucheuse abandonne ses droits sur l'enfant pour permettre aux parents d'intention d'établir juridiquement un lien de filiation avec l'enfant.

Autorisée en Roumanie, la gestation pour autrui est interdite en France. L'article 16-7 du code civil dispose en effet que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».³⁾ Cette disposition est par ailleurs une règle impérative d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du code civil. En outre, le recours à une gestation pour autrui est passible de sanctions pénales. L'article 227-12 du code pénal réprime en effet l'entremise à une gestation pour autrui.⁴⁾ L'article 443-19 du même code sanctionne la simulation d'état civil, qui pourra être avérée en cas de demande de transcription sur les registres de l'état civil français

²⁾ J. Dalcq Depooter: « l'enfant de qui ? », in, *Mélanges M-T Meulders-Klein*, Bruylant, 1998, p. 126.

³⁾ Déjà en ce sens, Ch. Atias, « Le contrat de substitution de mère », D. 1986, chr., p. 67.

⁴⁾ Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas de l'article 227-12 du Code pénal est punie des mêmes peines.

d'un acte public étranger établissant une maternité qui n'est pas considérée comme reflétant la réalité en France. En l'état actuel du droit français, il est donc impossible de recourir ou procéder à une gestation pour autrui sur le territoire français. C'est ce qui explique la création de situations relevant du droit international privé. En effet, certains couples français désireux d'avoir un enfant recourent alors à ce procédé à l'étranger, où il est admis.⁵⁾ La gestation pour autrui s'opère à l'étranger et une filiation y est généralement établie par un tribunal étranger ou un acte de naissance. Après la naissance de l'enfant, les parents d'intention reviennent en France avec ce dernier et souhaitent faire reconnaître en France leur filiation avec l'enfant. En pratique un litige se formera en France car il arrive que le ministère public agisse contre la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger sur le fondement de l'article 423 du code de procédure civile qui l'autorise à agir pour la défense de l'ordre public interne. Souvent à l'appui de son action est invoqué l'article 47 du code civil qui institue un impératif de véracité des actes publics étrangers. L'impératif de véracité qu'il prône justifie dans la conception de l'ordre public interne de ne pas recourir à la transcription car cela conduirait à « une incompatibilité technique entre la relation constituée selon le droit [étranger] et la composition de l'acte de naissance français »⁶⁾. Certains auteurs estiment qu'il serait plus judicieux de fonder l'action menée au nom de l'article 423 du code de procédure civile sur la défense de l'article 16-7 du code civil qui lui aussi pose une règle impérative, d'ordre public⁷⁾. Par cette action du ministère public, le litige se retrouvera donc devant le juge français. Or, ce litige relève du droit international privé car la naissance de l'enfant à l'étranger et la filiation qui y est établie constituent des éléments d'extranéité de la situation. Le juge français a donc du façonner la méthode de droit international privé applicable au règlement des litiges visant à faire jouer des effets dans l'ordre juridique du for à des filiations établies à la suite d'un recours à une gestation pour autrui délocalisée.

Il avait semblé par le passé que la « dimension internationale de la gestation pour autrui ne [présentait] aucune particularité »⁸⁾ pour la Cour de cassation et n'appelait à aucune méthode spécifique. En effet, elle se contentait d'affirmer que la filiation issue d'un recours à une mère-porteuse constituait un détournement d'institution de l'adoption » et cela que le litige ait une dimension internationale ou pas. Cela ressort notamment d'un arrêt d'Assemblée Plénière du 31 mai 1991⁹⁾ où la gestation pour autrui avait une dimension internationale et d'un arrêt du 9 décembre 2003 où la dimension n'était qu'interne. Cependant, des auteurs ont tenté de faire valoir que le Cour de cassation avait dans son arrêt de 1991

⁵⁾ V. plus généralement, J. Hauser, «L'externalisation de la fabrique des enfants?», JCP 6 oct. 2014, n° 41.

⁶⁾ B. Ancel, «L'épreuve de la vérité, propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 7.

⁷⁾ J. Hauser, «Maternités pour autrui: un enfant «à façon» ou l'heure de vérité?», *RTD civ.* 2012. 304.

⁸⁾ G. Salame, *Le devenir de la famille en droit international privé, perspective postmoderne*, PUAM, 2006 page 95.

⁹⁾ Cass. AP., 31 mai 1991, n° 90-20105.

implicitement validé la détermination de la loi applicable au règlement du litige de droit international privé qu'avait dégagée la Cour d'appel¹⁰⁾, même si finalement elle l'avait écartée par l'application de l'exception d'ordre public international. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 15 juin 1990¹¹⁾ objet de la cassation de 1991, avait en effet considéré que le contrat de gestation, et donc l'abandon, était soumis à la loi personnelle de la mère conformément à la règle de conflit de loi désignée par l'article 311-14 du Code civil. Ce rattachement avait cependant été critiqué en doctrine, notamment parce que ledit article 311-14 porte sur l'établissement de la filiation. Or la convention de mère- porteuse concerne les effets de la filiation. En effet, cette convention prévoit l'abandon par la mère accoucheuse de ses droits sur l'enfant. Or un tel abandon n'a lieu d'être justement que parce qu'à la naissance de l'enfant sa filiation avec la mère- porteuse existe du fait de l'accouchement¹²⁾.

La reconnaissance de la qualité de loi de police à l'article 16-7 du code civil pourrait se poser. Les valeurs protégées par l'interdiction qui y est posée sont principalement l'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes. Or certains membres de la doctrine¹³⁾ ont proposé d'appliquer systématiquement, au titre de lois de police, des dispositions françaises relatives à la disponibilité du corps et de l'état, parmi lesquelles figure assurément l'article 16-7 du code civil. Pour autant, la Cour de cassation n'a jamais explicitement élevé la règle de l'article 16-7 du code civil au rang de loi de police.

L'application de la méthode de règlement des conflits de lois aux situations impliquant une gestation pour autrui n'est donc pas sans difficultés ni incertitude. Et finalement, la Cour de cassation a délaissé l'application de cette méthode de droit international privé pour lui préférer celle de la reconnaissance. C'est en effet sur la méthode de la reconnaissance des décisions étrangères que la Cour de cassation se place pour régler les questions relatives à la filiation issue d'une gestation pour autrui délocalisée. Ce choix technique de droit international privé est heureux car en effet, les problèmes se posent généralement en terme de conflits de juridictions, voire d'autorités, puisque les parents d'intention tenteront de faire valoir dans l'ordre juridique du for Français un jugement de filiation étranger (ou un acte public de naissance étranger).

En l'absence de convention bilatérale ou de règlement communautaire, la reconnaissance des décisions étrangères doit passer par la procédure d'exequatur dont le régime découle de la jurisprudence Munzer et ses suites¹⁴⁾.

Quel accueil le droit international privé français réserve-t-il aux filiations

¹⁰⁾ Voir en ce sens G. Salame, *Le devenir de la famille en droit international privé, perspective postmoderne*, PUAM, 2006 page 96.

¹¹⁾ 15 juin 1990. - Cour de Paris (1re Ch., sect. C).

¹²⁾ Voir en ce sens note C. Labrusse, Cour d'appel Paris, 15 juin 1990 et Cass. A.P., 31 mai 1991, *RCDIP*, 1991 711.

¹³⁾ Notamment voir : Voir en ce sens note C. Labrusse, Cour d'appel Paris, 15 juin 1990 et Cass. A.P., 31 mai 1991, *RC Droit international privé*, 1991, p. 729 et 730.

¹⁴⁾ Arrêt Munzer: Cass. 1re Civ., 7 Janvier 1964, Bull., I, n° 15 ; Arrêt Cornelissen: Cass. Civ. 1re 20 Février 2007, n° 05-14082.

découlant d'une convention de mère-porteuse légalement établie à l'étranger ?

Le droit international privé français, par le contrôle résiduel des décisions étrangères inhérent à l'application de la méthode de la reconnaissance, refusait systématiquement de reconnaître en France des actes et décisions étrangères donnant effet à une gestation pour autrui. Il en résulte que l'inefficacité frappant ces décisions est de nature à porter atteinte aux situations juridiques « légalement cristallisées »¹⁵⁾ à l'étranger, or il apparaît que la justification d'une telle atteinte ne fait pas l'unanimité.

I. Le passé....

A) L'absence de reconnaissance de l'établissement d'une filiation issue d'une gestation pour autrui délocalisée.

1) Le refus de transcription dans l'ordre juridique du for de l'acte de naissance étranger trompeur

Les jugements étrangers établissant la filiation entre l'enfant et les parents commanditaires et l'abandon de ses droits sur le premier par la mère-porteuse sont généralement suivi d'un acte de naissance étranger entérinant la filiation ainsi établie. Lorsque les parents de l'enfant ainsi désignés par l'acte étranger reviennent, pour ce qui nous intéresse, en France, ils demandent généralement la transcription de l'acte public étranger sur les registres d'état civil français. Ce fut notamment le cas dans la célèbre affaire des jumelles californiennes nées d'une gestation pour autrui, dont le litige a donné lieu à un arrêt final du 6 avril 2011 rendu par la première chambre civile¹⁶⁾. La transcription est la consignation sur les registres français de l'acte élaboré par l'officier public étranger consistant dans le recueil des informations délivrées par cet acte étranger. Et c'est en cela que les difficultés interviennent au regard du droit international privé.

En effet, en droit français, les actes publics étrangers bénéficient d'une présomption de régularité, simple ceci-dit, puisque l'article 47 du code civil dispose qu'ils font foi. Mais il existe une différence de conception sur la filiation issue de mère-porteuse entre le droit français et le droit étranger qui légalise ce procédé, ce dont il résulte que l'acte étranger actant des effets d'une convention de mère-porteuse sera porteur d'informations véridiques au regard du droit du pays dans lequel il est dressé, mais erronées au regard du droit français dans lequel est demandée la transcription. L'acte de naissance étranger établie en réalité une fiction dans la filiation. Au regard du droit français qui prohibe la gestation pour autrui et considère que la mère doit être celle qui accouche et elle seule, les informations contenues dans l'acte public étranger sont fausses. Dans l'arrêt d'appel du 25 octobre 2007 relatif à l'affaire de la transcription des actes de naissances américains des jumelles Californienne

¹⁵⁾ Expression de P. Mayer, les méthodes de reconnaissance en droit international privé, *in Mélange en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547.

¹⁶⁾ Cass. 1^{ère} Civ., 6 avril 2011, n° 10-19.053.

sur les registres français, la Cour d'appel de Paris¹⁷⁾ avait cependant précisé que de telles informations contenues dans l'acte public étranger n'étaient pas fausses, mais «exactes au regard des termes du jugement californien qui avait conféré au couple français la qualité de parent»¹⁸⁾. Cela révèle une difficulté qu'a soulignée la doctrine. Il apparaît en effet que la transcription de cet acte américain aurait constitué un «acte faisant écran entre la situation créée aux Etats-Unis et la situation publiée en France»¹⁹⁾. L'acte étranger étant trompeur dans la conception française de la filiation, la transcription l'aurait été également.

Suite à cet arrêt, le ministère public, lors de son pourvoi en cassation, avait donc dû arguer d'une irrégularité de forme de l'acte public étranger en étendant la notion d'irrégularité de forme de l'acte aux conditions ayant présidées sa rédaction, c'est-à-dire la convention de mère-porteuse, pour obtenir l'annulation de ces actes. La Cour de cassation donna raison à son action et annula la transcription dans un arrêt du 17 décembre 2008²⁰⁾. L'arrêt enseignerait ainsi selon Louis D'Avout que «l'existence d'un acte public ou d'une décision de justice étrangère ne fait pas écran au conflit de lois préexistant»²¹⁾. Si l'auteur faisait ici référence à un conflit de loi latent, d'autres membres de la doctrine estiment cependant que le problème de la transcription d'acte devrait être réglé selon la méthode de la reconnaissance applicable ici non pas à un conflit de juridiction mais à un conflit d'autorité²²⁾. La méthode du conflit d'autorité consisterait à rechercher l'efficacité de l'acte d'état civil étranger par l'application de la règle substantielle matérielle de l'article 47 du code civil²³⁾. Cet article que l'on a énoncé précédemment, pose une présomption simple de régularité des actes publics étrangers pouvant être écartée s'il est démontré que «les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité»²⁴⁾.

Mais ni l'une ni l'autre de ces méthodes ne semblent s'appliquer d'évidence. D'une part, la méthode du conflit de loi pourrait certes trouver à s'appliquer, mais l'évolution jurisprudentielle montre que la méthode de la reconnaissance est de plus en plus appliquée aux questions de conflit d'autorités²⁵⁾. D'autre part, en admettant cette méthode du conflit d'autorité, il n'est pas certain que l'article 47 du code civil et son impératif de véracité soit une règle matérielle suffisante pour régler le

¹⁷⁾ CA. Paris, 1^{re} ch., sect. C. - 25 oct. 2007. - n° 06/00507.

¹⁸⁾ L. Brunet, «un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?», *Recueil Dalloz*, 2009, n° 5, p. 342.

¹⁹⁾ B. ANCEL, « l'épreuve de la vérité, propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p 4.

²⁰⁾ Cass. 1^{ère} Civ, 17 décembre 2008, n° 07-20.468.

²¹⁾ L. D'Avout, «Mères porteuses: analyse de Droit international privé», *JCP E*, 2009, II 10021.

²²⁾ L'expression "conflit d'autorité" vient de Niboyet, *Traité de Droit international privé*, t. VI bis, n°1571

²³⁾ Voir en ce sens L. Brunet, «un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?», *Recueil Dalloz*, 2009, n° 5, p. 342.

²⁴⁾ Article 47 du Code civil.

²⁵⁾ S. Bollee, «L'extension de la méthode de la reconnaissance», *Rev. Crit. Droit international privé*, 2007, p. 307.

problème de la reconnaissance de l'acte sur le plan du droit international privé²⁶⁾.

En réalité, se placer sur le terrain instrumentaire pour régler le conflit s'avérerait assez problématique au regard de la méthode de droit international privé. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a opéré un glissement et se place désormais sur le terrain substantiel de la reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger. Pour ce faire, la Cour a renoué avec la notion d'indissociabilité entre les actes publics et les décisions judiciaires qui en sont l'appui, qu'elle avait dégagée dans un arrêt Epoux Wallon du 18 juillet 2000²⁷⁾. Dans trois arrêts du 6 avril 2011 relatifs à la reconnaissance d'une filiation établie à l'étranger des suites d'une gestation pour autrui, la Cour juge que le vice qui entache une décision eu égard à sa reconnaissance contamine également l'acte qui s'appuie sur ladite décision.

Dès lors, les effets de la méthode de reconnaissance des jugements étrangers sont étendus aux actes publics correspondant. Grâce à la notion d'indissociabilité, la transcription de l'acte sera refusée si le jugement qui lui est indissociable ne peut faire l'objet d'une reconnaissance parce que les conditions de son efficacité dans l'ordre juridique du for ne seraient pas remplies. Il nous revient donc d'examiner ces conditions de régularité contrôlées lors de la reconnaissance du jugement.

2) Les décisions relatives à une gestation pour autrui à l'épreuve du contrôle des conditions de leur régularité

Initiée par l'arrêt Munzer de 1964²⁸⁾ la procédure de reconnaissance des jugements étrangers a connu un certain mouvement de libéralisation notamment à travers l'allègement des conditions de reconnaissance des décisions étrangères. L'arrêt Cornelissen²⁹⁾ réduit à trois le nombre des conditions faisant l'objet du contrôle de la reconnaissance. Désormais, le juge de l'exéquatour ne doit plus contrôler que la compétence du tribunal étranger ayant rendu la décision, l'absence de contrariété de celle-ci à l'OPI français et l'absence de fraude à la loi.

Il est donc aujourd'hui plus facile pour un Etat étranger de voir les décisions qu'il rend être reconnues en France. Cette tendance participe de l'idée que tout Etat, la France y compris, peut être amené à voir ses propres décisions invoquées à l'étranger pour y produire des effets, et qu'il incombe donc de faire preuve d'un certain accueil des décisions des autres pour ne pas risquer de voir ses propres décisions trop facilement contestées à l'étranger.

Cet assouplissement ne profite cependant pas aux décisions étrangères entérinant une filiation issue d'une convention de mère-porteuse. La Cour de cassation est en effet venue systématiquement invalider les décisions étrangères établissant une filiation des suites d'une maternité pour autrui au regard des conditions de

²⁶⁾ Cet impératif est d'ordre public interne mais est-il d'ordre public international? Cela n'est pas acquis.

²⁷⁾ Cass 1^{ère} Civ 18 Juillet 2010, n° 99-10848.

²⁸⁾ Cass. 1^{ère} Civ., 7 Janvier 1964, Bull., I, n° 15.

²⁹⁾ Cass. Civ. 1^{ère} 20 Février 2007, n° 05-14082.

régularité non remplies par ces décisions. La première condition de régularité, à savoir la compétence du tribunal ayant rendu la décision, n'a jamais posé problème. La compétence qu'il convient de rechercher ici est, selon Martin, la «compétence indirecte» du juge étranger sur le plan international. Nous savons depuis l'arrêt *Simitch* que cette compétence indirecte est effective lorsque «le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux»³⁰⁾, ce critère ayant d'ailleurs été confirmé par un arrêt *Prieur* du 23 mai 2006³¹⁾. Dans les espèces donnant lieu à des jugements rendus par un tribunal étranger donnant effet à la filiation résultant d'une convention de mère-porteuse, la compétence indirecte du tribunal saisi ne pose jamais de difficulté et n'est jamais contestée tant elle semble évidente. Le jugement est en général toujours rendu par le tribunal du lieu où la convention de mère-porteuse s'est exécutée et où l'enfant est né, et parfois même où réside la mère-porteuse. Ces éléments permettent de rattacher de manière caractérisée le litige au juge du pays concerné (par exemple, les Etats-Unis et le juge Californien dans l'affaire des jumelles Californiennes réglée par l'arrêt du 6 avril 2011 précité).

C'est en fait sur le terrain des deux autres conditions restantes que la Cour de cassation s'est placée pour refuser la reconnaissance des décisions étrangères relatives à une gestation pour autrui. La jurisprudence de la Cour de cassation a évolué. Si dans un premier temps, elle fondait son refus de reconnaissance de telles décisions étrangères sur la contrariété à l'ordre public international, elle se fonde désormais sur l'existence d'une fraude à la loi.

L'ordre public international a été la première exception utilisée par la Cour de cassation au secours d'une impossibilité de reconnaître les effets d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Nous savons depuis l'arrêt *Lautour*³²⁾ que l'ordre public international n'est pas assimilé à l'ordre public interne et que n'est considéré contraire à l'ordre public international que ce qui heurte les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue. Concernant la gestation pour autrui, un premier arrêt intéressant avait été rendu le 31 mai 1991 par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation³³⁾. Cet arrêt était venu casser un arrêt de Cour d'appel dans lequel les juges du fond avaient estimé que la convention de mère-porteuse réalisée à l'étranger et la filiation qui en avait été établie par la suite ne heurtait pas l'ordre public international et que cet ordre public international, intervenant par son effet atténué, n'interdisait pas la réalisation et la reconnaissance dans l'ordre juridique du for des effets produits par le jugement étranger. La Cour de cassation estime au contraire, sans expressément utiliser l'expression d'ordre public international, que le recours à une convention de mère-porteuse contrevient au principe d'indisponibilité du corps humain et d'indisponibilité de l'état des personnes. Bien que la Cour de cassation n'ait pas explicitement parlé d'ordre public international, il semblait évident que la Cour de cassation, en réponse à la cour d'appel, y faisait référence, et précisait par ailleurs

³⁰⁾ Cass. 1^{re} Civ., 6 février 1985, Bull., I, n° 55.

³¹⁾ Cass. 1^{ère} Civ., 23 mai 2006, Bull. n° 254.

³²⁾ Cass. Ch., Civ. Sect. Civ., 25 mai 1948.

³³⁾ Cass. AP, 31 mai 1991.

que cet ordre public international contenait tant le principe d'indisponibilité du corps humain que celui d'indisponibilité de l'état des personnes.

Plus récemment, trois arrêts concernant la reconnaissance de filiations issues de gestation pour autrui avaient été rendus le 6 avril 2011³⁴⁾, parmi lesquels se trouve l'arrêt clôturant la saga des jumelles californiennes, et qui amenaient de nouvelles précisions sur la contrariété de telles décisions à l'ordre public international. La Cour y affirme que l'ordre public international français interdit l'effet en France d'une décision étrangère qui contient des dispositions heurtant « des principes essentiels du droit français », le principe d'indisponibilité de l'état des personnes étant ici un de ces principes essentiels en cause. L'on peut s'étonner ici que la Cour n'ait pas visé en plus dans la catégorie de ces principes l'indisponibilité du corps humain. Il semble, à la lecture de la formulation de l'arrêt, que la conception de l'ordre public international a été assouplie par rapport à l'arrêt Lautour précité qui faisait, lui, référence aux principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue. D'ailleurs, la solution de 2011 de la Cour de cassation a pu être critiquée notamment eu égard à sa conception de l'ordre public international pour les litiges relatifs à des gestations pour autrui. Certains mettront en doute que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ait « l'autorité et la virulence qui leur permettent de rayonner au-delà des frontières »³⁵⁾.

Il est possible de penser que malgré le support persistant de certains auteurs³⁶⁾ les critiques grandissantes de la doctrine quant au recours à l'ordre public international dans de tels litiges ont incité la Cour de cassation à abandonner le recours à cette exception, et à fonder ses refus de reconnaissance des décisions étrangères donnant effet à une gestation pour autrui sur la fraude à la loi.

Par deux arrêts du 13 septembre 2013³⁷⁾, la Cour de cassation affirme qu'« en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ». Il s'agissait en l'espèce d'une gestation pour autrui qui avait été faite en Inde.

Une définition de la fraude à la loi avait été donnée par l'arrêt Princesse de Bauffremont du 18 mars 1878³⁸⁾. Ainsi, selon cet arrêt il y a fraude à la loi en droit international privé « lorsque les parties ont volontairement modifié le rapport de

³⁴⁾ Cass. 1^{ère} Civ., 6 avril 2011, n°09-66486 ; n° 09-17130; n° 10-19053.

³⁵⁾ B. Ancel, « L'épreuve de la vérité, propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 8.

³⁶⁾ J. Hauser, « L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants: arrêt sur image de la maternité pour autrui », *RTD. Civ.*, 2011, p. 340.

³⁷⁾ Cass 1^{ère} Civ., 13 septembre 2013, n° 12-30.138 ; n° 12-18.315.

³⁸⁾ Cass. Ch. Civ., 18 mars 1878.

droit dans le seul but de se soustraire à la loi normalement compétente».

Il découle de cette définition que la fraude à la loi est constituée de trois éléments: un matériel, un légal et un intentionnel. L'élément matériel, consistant dans le «glissement délibéré de la situation du fraudeur de l'empire d'une loi à celui d'une autre loi»³⁹⁾, est bien constitué dans les litiges relatifs à une gestation pour autrui, et notamment dans l'arrêt de 2013, les parents commanditaires avaient eu recours en Inde à l'institution d'une mère-porteuse prohibée en France. Cette prohibition française contenue aux articles 16-7 et 16-9 du code civil constitue quant à elle l'élément légal puisqu'elle est l'impératif auquel le fraudeur tente d'échapper. L'élément intentionnel consiste quant à lui à l'intention du prétendu fraudeur d'agir dans le seul but de se soustraire à la loi normalement compétente. Celui-ci était avéré dans les cas d'espèce de 2013, mais en général, l'interprétation de l'élément moral est souvent propice à discussion, et l'on peut préméditer que de telles discussions prendront certaines place dans de futurs contentieux portant sur des gestations pour autrui réalisées à l'étranger.

La fraude à la loi étant retenue par la Cour de cassation, la filiation ne peut être établie en France car en vertu de l'adage «*fraus omnia corrumpit*», non seulement la convention de mère-porteuse objet de la fraude est anéantie, mais également toutes les conséquences qui résultent de cette fraude⁴⁰⁾. La solution est donc dure tant pour les parents commanditaires que l'enfant, et l'atteinte ainsi portée aux situations légalement formées à l'étranger fait l'objet de beaucoup de controverse. Il apparaît que cette position tranchée de droit international privé pourrait tout aussi bien se concevoir autrement, ce que nous allons voir dès maintenant.

B) Une considération controversée de l'illicéité absolue des conventions de mère-porteuse légalement formées à l'étranger.

Si la position actuelle de la Cour de cassation semble tranchée dans le sens d'un refus catégorique de faire produire effet en France d'une convention de mère-porteuse, la solution ainsi retenue n'est pas pour autant à l'abri des contestations de la doctrine qui fait valoir que les techniques du droit international privé pourraient permettre d'aboutir à un règlement différent des litiges tout comme elle n'est pas à l'abri de critiques relatives à la situation précaire dans laquelle est placé l'enfant privé de filiation française.

³⁹⁾ B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd., 2001, p. 53.

⁴⁰⁾ H. Fulchiron; C. Bidaud-Garon, «Dans les limbes du droit», *Dalloz*, 2013. 2349.

1) Les contestations de la solution au regard de l'application du droit international privé

Il apparait en premier lieu que l'appréciation des conditions de régularité des jugements étrangers peut toujours porter à discussion. Tout d'abord, comme nous l'avons dit précédemment, la contrariété d'une filiation établie suite au recours à une gestation pour autrui n'est pas de manière évidente contraire à l'ordre public international. En effet, bien que le recours à une convention de mère-porteuse soit contraire à l'ordre public interne en vertu de l'article 16-9, l'ordre public international n'est pas le simple décalque de l'ordre public interne. Par ailleurs, l'opinion de la société française sur le recours en gestation pour autrui est changeante dans le sens d'une acceptation grandissante de l'institution⁴¹⁾. L'on peut donc raisonnablement douter qu'aujourd'hui la prohibition de la gestation pour autrui soit une composante de l'ordre public international. Cela d'autant plus au regard du principe d'actualité de l'ordre public international qui implique que l'ordre public international soit évolutif en fonction des conceptions en vigueur au jour où le juge du for statue⁴²⁾. Plus les conceptions françaises de la gestation pour autrui évoluent en faveur d'une acceptation grandissante de l'institution, plus l'effet atténué de l'ordre public est amené à reprendre du terrain et laisser place à l'accueil de décision étrangère relative à la gestation pour autrui. C'est certainement la raison pour laquelle la référence à l'ordre public international a été totalement abandonnée dans les arrêts de 2013. La Cour de cassation, attachée à son rejet des effets découlant d'une gestation pour autrui, préfère assurer la pérennité de sa position et opte désormais pour l'exception moins contestable de fraude à la loi.

Pour autant, le recours au mécanisme de fraude à la loi pour refuser l'accueil des décisions étrangères relatives à une filiation issue de convention de mère-porteuse n'est pas non plus à l'abri d'une remise en cause. L'élément moral, intentionnel de la fraude ne fait en effet pas l'unanimité. Comme nous l'avons rappelé, d'après l'arrêt Princesse de Bauffremont, l'élément moral consiste dans la démarche frauduleuse ayant pour seul but de se soustraire à la loi normalement compétente. Dans le cas de parents commanditaires recourant à une gestation pour autrui, il est difficile de déterminer si leur intention était seulement d'échapper à la prohibition française des conventions de mères porteuses. Si certains auteurs affirment que l'élément moral est incontestablement avéré, puisque «les commanditaires ont dès le début l'intention de revenir en France et d'y obtenir un effet juridique (la reconnaissance d'un lien de filiation) auquel ils n'auraient pas normalement droit»⁴³⁾ d'autres auteurs émettent cependant des réserves⁴⁴⁾. L'intention dans la fraude devra dans tous les cas être démontrée chaque fois que le litige se présentera devant un juge français.

⁴¹⁾ Voir en ce sens L. Brunet, «Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?», *Recueil Dalloz*, 2009, n° 5, p. 342.

⁴²⁾ B. Audit; L. D'Avout, *Droit international privé*, Economica, 7^e édition, 2013, p. 339.

⁴³⁾ M. Fabre-Magnan «Le refus de la transcription: la Cour de cassation gardienne du Droit» *Dalloz*. 2013. 2384.

⁴⁴⁾ H. Fulchiron; C. Bidaud-Garon, «Dans les limbes du droit», *Dalloz*, 2013. 2349.

Par ailleurs, au regard de l'élément matériel, comme il a pu l'être souligné, la fraude sera plus difficile à démontrer dans certains cas que dans d'autres. Le cas d'espèce de l'arrêt du 13 septembre 2013, en est l'illustration. En l'espèce, le père ayant eu recours à la gestation pour autrui en Inde était réellement le père biologique de l'enfant puisqu'il était donneur de ses gamètes. Il avait donc procédé à une reconnaissance de l'enfant en France antérieurement à sa naissance conformément à l'article 311-17 du code civil. Cet article par ailleurs indique le rattachement de la règle de conflit applicable aux reconnaissances de paternité et désigne la loi de l'auteur de la reconnaissance. Le père dans le cadre du litige, souhaitait faire valoir la reconnaissance à laquelle il avait procédé en France. La Cour de cassation dans son arrêt de 2013 a cependant rejeté sa prétention estimant que la reconnaissance de paternité s'inscrivait dans un processus faisant intervenir une convention de mère-porteuse, nulle d'une nullité d'ordre public, ce qui constituait une fraude. Pourtant, ici, l'élément matériel de la fraude n'était pas avéré. En effet, «aucun élément de rattachement n'a été manipulé. Le père s'est certes déplacé à l'étranger pour y conclure une convention prohibée en France, mais il n'y a aucune manipulation d'élément de rattachement en ce qui concerne la reconnaissance d'enfant»⁴⁵⁾.

La position radicale de la Cour de cassation trouve donc certaines limites et semble parfois contestable sur le plan de la technique employée dans l'application de la méthode de reconnaissance. Certains voient dans cette jurisprudence une «remise en cause partielle du principe Cornelissen, son premier infléchissement favorable à un resserrement, en certains cas, du contrôle de fond des décisions en provenance de l'étranger»⁴⁶⁾.

Mais surtout, d'autre part, il apparaît que la position de la Cour de cassation est contestable au regard des effets qu'elle implique et qui semblent contraires aux engagements internationaux de la France.

Les engagements internationaux en cause dans les litiges intéressant une filiation issue d'une gestation pour autrui résultent de l'article 3§1 de la CIDE qui proclame l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'article 8 de la CESDH relatif au respect de la vie privée et familiale. La protection assurée à l'enfant par ces deux articles implique de rendre effective l'établissement de sa filiation afin de garantir son intérêt supérieur à voir ses liens familiaux avec ses parents d'intention juridiquement reconnus dans l'Etat où il réside (la France pour les situations nous intéressant), et de lui assurer une vie familiale stable et épanouie qu'il entend mener avec ses parents d'intention.

Le refus de reconnaître sur les registres d'état civil français une filiation établie à l'étranger des suites d'une gestation pour autrui semble donc entrer directement en contradiction avec ces principes fondamentaux internationaux.

Pourtant, la Cour avait jugé dans ses arrêts du 6 avril 2011 qu'un tel refus ne privait pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que leur reconnaissait le droit étranger, ni ne les empêchait de vivre en France avec leurs parents. Dès lors,

⁴⁵⁾ H. Fulchiron; C. Bidaud-Garon, «Dans les limbes du droit», *Dalloz*, 2013. 2349.

⁴⁶⁾ L. D'Avout, «Mères porteuses: analyse de Droit international privé», *JCP E*, n°6, 4 février 2009, II 10021.

ce refus n'est pour la Cour pas contraire à l'article 8 de la CESDH ni à l'article 3§1. On pouvait pourtant en douter car l'intérêt supérieur de l'enfant s'accommode mal d'une filiation dans un pays où il ne réside pas, et qui lui est donc inutile au regard du droit français.

Mais la Cour est allée encore plus loin dans son arrêt du 13 septembre 2013, puisqu'elle a affirmé, «qu'en présence [d'une fraude à la loi], ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués»⁴⁷⁾. Ainsi, la Cour signifierait aux plaideurs qu'ils ne peuvent invoquer leur propre fraude pour en demander la régularisation au nom de l'intérêt de l'enfant⁴⁸⁾. Pourtant, force est de reconnaître qu'il y a bien ici une question de l'intérêt de l'enfant, qui lui n'est pour rien dans le choix délibéré des parents de recourir à l'étranger à une gestation pour autrui prohibée en France.

En réalité, si la Cour de cassation pense ne pas être en porte à faux avec ses engagements internationaux, rien n'est moins sûr pourtant, et une invalidation d'une telle jurisprudence par la Cour Européenne des Droits de l'homme (CEDH) paraît tout à fait envisageable.

Notamment, il convient de faire le rapprochement de la position de la Cour de cassation à l'égard de la reconnaissance de filiation découlant d'une gestation pour autrui délocalisée avec un arrêt Wagner du 30 juin 2007⁴⁹⁾ de la CEDH. Cet arrêt Wagner avait condamné l'Etat Luxembourgeois pour avoir refusé l'exequatur d'un jugement étranger prononçant l'adoption d'un enfant par une femme célibataire (ce qui était interdit par la loi Luxembourgeoise). L'arrêt est intéressant en ce que la CEDH considère que l'intérêt supérieur de l'enfant doit servir de mesure dans l'appréciation de son droit au respect de la vie familiale, et permet dès lors de purger le jugement étranger d'adoption de tout vice de fraude à la loi⁵⁰⁾. Il est donc fort à penser que la jurisprudence de la Cour de cassation sera peut être invalidée par l'application de la jurisprudence Wagner.

La justification de la CEDH dans cet arrêt était de faire primer la réalité sociale découlant du jugement d'adoption en donnant préférence au «statut valablement créé à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la convention»⁵¹⁾. Elle donne ainsi une valeur aux situations cristallisées à l'étranger que ne reconnaît pas la France aux situations faisant intervenir une gestation pour autrui. Le résultat de cette position française est regrettable au regard la situation précaire dans laquelle elle place l'enfant.

⁴⁷⁾ Cass 1^{ère} Civ., 13 septembre 2013, n° 12-30.138 ; n° 12-18.315.

⁴⁸⁾ Voir en ce sens, M. Fabre-Magnan «Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit» *Dalloz*. 2013. 2384.

⁴⁹⁾ CEDH 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W c/ Luxembourg*, CDEH7624_01.pdf .

⁵⁰⁾ Voir en ce sens Voir en ce sens L. BRUNET, «Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?», *Recueil Dalloz*, 2009, n° 5, p. 342.

⁵¹⁾ § 133 CEDH 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W c/ Luxembourg*.

2) La situation précaire de l'enfant privé de filiation

Comme nous venons de le voir, la jurisprudence de la Cour de cassation occulte totalement l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce dernier ne peut, en raison de la fraude à la loi, établir sa filiation découlant d'une convention de mère-porteuse.

Cet obstacle de la fraude à la loi de l'établissement de la filiation avait déjà été érigé par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 novembre 2010⁵²⁾, dans lequel il avait été jugé que l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi. Certains s'interrogeaient encore à l'époque, du moins avant 2013, sur le point de savoir si parallèlement à ce refus, un nouvel état civil pourrait être constitué conformément aux règles du droit commun français⁵³⁾. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 14 septembre 2009 n'y semblait pas favorable⁵⁴⁾. En l'espèce, des parents avaient recouru à une mère-porteuse à l'étranger. Ils demandèrent par la suite en France l'établissement de leur filiation avec l'enfant par le biais de la possession d'état conformément à l'article 310-3 du code civil. Dans les faits, il n'était pas contesté que les époux français traitaient l'enfant depuis sa naissance comme le leur, et pourvoyaient à son éducation et à son entretien, condition nécessaire à la possession d'état, mais condition non suffisante. Il faut en outre que la possession soit exempt de vice au sens de l'article 311-12 du code civil. Pour la Cour d'appel, la possession d'état «est viciée et ne peut avoir d'effet en ce qui concerne la filiation», car elle «repose ainsi sur un contrat portant sur la gestation, contrat atteint, en application des articles 16-7 et 16-9 du code civil, d'une nullité absolue qui s'impose aux parties comme aux tiers». La Cour d'appel faisant en réalité ici application d'une circulaire d'application aux termes de laquelle le vice d'une possession d'état peut «résulter d'une fraude ou d'une violation de la loi. Il peut en être ainsi lorsque la possession d'état est invoquée pour contourner les règles régissant l'adoption, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse ou la gestation pour le compte d'autrui»⁵⁵⁾.

De la même manière, les arrêts de 2013 ferment toutes portes à une éventuelle possibilité d'établir par la suite une filiation selon les règles du droit commun lorsque l'enfant est né d'une convention de mère-porteuse. Il semble que la fraude empêchera tout établissement de filiation dans lequel une convention de mère-porteuse sera concernée.

Or le recours à la gestation pour autrui qui a contribué à la naissance de l'enfant est irréversible, et la naissance de l'enfant appartient nécessairement au processus de l'établissement d'une filiation. Donc l'impossibilité d'établir la filiation semble éternelle et irréversible si l'on en croit les termes stricts de la Cour de cassation.

La Cour de cassation adopte en réalité une conception abstraite de l'intérêt de tous les enfants à venir plutôt qu'une conception concrète de l'intérêt de l'enfant en

⁵²⁾ Cass. Civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, n° 09-68.399, Bull. civ. I, n° 236.

⁵³⁾ L. D'Avout, «Mères porteuses: analyse de Droit international privé», *JCP E*, n°6, 4 février 2009, II 10021.

⁵⁴⁾ A. Mirkovic, «La gestation pour autrui entache de vice la possession d'état» *Dalloz*. 2009. 2845.

⁵⁵⁾ Circulaire CIV/13/06, 30 juin 2006, NOR: JUSC0620513C, p. 17.

cause dans le litige. C'est-à-dire qu'elle préfère traiter de manière abstraite les litiges impliquant une filiation issue d'une gestation pour autrui et tient une jurisprudence dissuasive de recourir au tourisme procréatif afin de protéger les intérêts supérieurs des enfants à venir (dont on ne veut pas qu'ils naissent d'une gestation pour autrui, au sacrifice de l'intérêt concret de l'enfant à voir sa filiation établie⁵⁶).

Le résultat est d'autant plus critiquable qu'il peut aboutir à refuser l'établissement d'une paternité qui s'avère biologiquement réelle. Ce fut le cas dans l'arrêt du 13 septembre 2013 dans lequel le père commanditaire était également père biologique de l'enfant puisque la gestation pour autrui s'était faite au recours du don de ses gamètes. L'on voit bien que le radicalisme de la position de la Cour de cassation n'a pas de sens.

Pour remédier à certaines difficultés d'ordre administratif, une circulaire du 25 janvier 2013⁵⁷) a été prise et prévoit la délivrance de certificat de nationalité aux enfants nés à l'étranger par le recours à une mère-porteuse. La légalité de cette circulaire est contestée comme reconnaissant une valeur excessive aux actes d'état civil étrangers et procédant à un détournement d'une règle d'ordre public⁵⁸). La circulaire impliquerait un forçage de reconnaissance de la nationalité alors que cette question est fortement liée à celle de la filiation. Pour autant, cette circulaire montre que la situation précaire de l'enfant privé de filiation préoccupe. Cependant, la délivrance de certificat de nationalité ne règlera pas le souci. En pratique, beaucoup de choses seront refusées à l'enfant⁵⁹) du fait de l'absence de filiation reconnue. Sur le plan du droit international privé des successions, lorsque la loi applicable de la dernière résidence habituelle de défunt, parent commanditaire de l'enfant né d'une gestation pour autrui, désignera la loi française, il sera possible de refuser des droits dans la succession à l'enfant, puisqu'à défaut de filiation, il ne sera pas héritier.

En n'acceptant pas d'accueillir ces situations légalement cristallisée à l'étranger et en refusant de faire jouer l'effet atténué de l'ordre public, la Cour de cassation place l'enfant dans une situation de droit international « boiteuse »⁶⁰

Le professeur X. LABBEE considère que la jurisprudence de la cour de cassation en matière de gestation pour autrui délocalisée contrevient à la règle de l'effet relatif des conventions⁶¹). Selon ce principe, les conventions ne peuvent nuire aux tiers et ce principe doit jouer que ces conventions soient valables ou a fortiori nulles. L'enfant est un tiers par rapport à la convention passée entre les parents d'accueil et la mère-porteuse, il ne devrait pas pâtir des effets de la nullité de celle-ci.

Une évolution est donc souhaitable au regard de la situation de l'enfant. Une telle évolution n'est pas inenvisageable et la Cour de cassation elle-même l'insinue puisqu'elle précise dans ses arrêts de 2013 « qu'en l'état du droit positif » actuel, le

⁵⁶) Voir en ce sens : M. Fabre-Magnan «Le refus de la transcription: la Cour de cassation gardienne du Droit » *Dalloz*. 2013. 2384.

⁵⁷) Min. Justice, circ. n° NOR JUSC1301528C.

⁵⁸) Voir en ce sens, N. Mathey «Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions», *JCP E*, n°7, 11 février 2013, 162.

⁵⁹) X. Labbee, «La gestation pour autrui devant la Cour de cassation», *Dalloz*, 2011, 1064.

⁶⁰) H. Fulchiron; C. Bidaud-Garon, «Dans les limbes du droit», *Dalloz*, 2013. 2349.

⁶¹) X. Labbee, «La gestation pour autrui devant la Cour de cassation», *Dalloz*, 2011, 1064.

recours à une gestation pour autrui constitue une fraude à la loi sur le plan du droit international privé. Seule une condamnation par la CEDH de la France pour refus de faire prévaloir la réalité sociale pourrait infléchir un changement législatif français sur la question du recours aux conventions de mères porteuses. C'est uniquement dans cette hypothèse, où l'impérativité des articles 16-7 et 16-9 du code civil ne serait plus en toile de fond, que le règlement des conflits de juridictions pourrait aboutir à l'accueil de décisions étrangères établissant une filiation des suites d'une convention de mère-porteuse.

II. L'avenir...

A. Le mariage pour tous et le « nouveau » de la gestation pour autrui

Les requérants devant le Conseil Constitutionnel contre la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels, soutenaient que la possibilité d'un établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe incitera ces couples à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui en fraude à la loi française. Dans sa décision du 17 mai 2013⁶²⁾, le Conseil constitutionnel avait appelé les juridictions compétentes à « priver d'effet » le recours par ces couples à la procréation médicalement assistée ou à la gestation pour autrui à l'étranger en vue d'établir ensuite des liens de filiation avec l'enfant ainsi conçu. Quoique sans équivoque, cet appel n'était pas couvert par l'autorité conférée par l'article 62 de la Constitution à ses décisions. Il a donc pu être ignoré par la Cour de cassation jugeant possible l'adoption des enfants nés d'une procréation médicalement assistée à l'étranger, par l'épouse de leur mère, comme par le Conseil d'État validant la circulaire qui prescrit la délivrance des certificats de nationalité française aux enfants de français, nés par gestation pour autrui à l'étranger. En ne conférant pas, comme il l'aurait pu par référence à l'article 62 de la Constitution, une autorité contraignante à son appel, le Conseil constitutionnel s'est privé de la possibilité d'endiguer les bouleversements en cours du droit de la filiation au profit des couples hétérosexuels ou homosexuels⁶³⁾. Cependant, son appel n'a été entendu, ni par la Cour de cassation, ni par le Conseil d'État.

Dans deux avis du 22 septembre 2014⁶⁴⁾, la Cour de cassation estime en effet que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination

⁶²⁾ Cons. const., déc. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, § 48: JurisData n° 2013-011692.

⁶³⁾ V. J. Roux, « Vox clamantis in deserto. - L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à « priver d'effet » le recours illicite à la PMA et à la gestation pour autrui », JCP éd.G, 20 avril 2015, doct. 483.

⁶⁴⁾ Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 1470006, Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 1470007; https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/integralite_avis_classes_annees_239/2014_6164/15010_22_30157.html; https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/integralite_avis_classes_annees_239/2014_6164/15011_22_30158.html.

artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant». Contrairement à certains tribunaux qui s'étaient estimés liés par l'appel du Conseil et en avaient repris les termes, la Cour s'en est affranchie, confortant par-là la position d'autres juridictions du fond⁶⁵⁾.

Mais attention, ce ne sont que des avis et il est ici opportun de rappeler le sens procédural de tels avis. Comme son nom l'indique, la procédure d'avis consiste à permettre à la Cour de cassation de se projeter sur son éventuelle jurisprudence, en risquant un pronostic sur ce qu'elle pourrait être. La formation qui le fournit comprend, outre le premier président, les présidents de chambre et deux conseillers de chaque chambre spécialement concernée⁶⁶⁾. Le régime de l'avis lui-même reflète sa nature même dans la mesure où l'article L. 441-3 du Code de l'organisation judiciaire dispose que l'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande, ni d'ailleurs les autres juridictions et probablement pas la Cour de cassation puisque le revirement de jurisprudence est un phénomène connu et que les arrêts de règlement sont prohibés⁶⁷⁾. La procédure n'est pas très souvent utilisée et la Cour de cassation demeurait, jusqu'ici, très prudente sur son utilisation tendant à fournir une opinion provisoire sur la question posée.

En l'occurrence, une fois rendus, ces avis ont aussi été considérés, en général, et sans aucune nuance, comme une solution acquise et définitive⁶⁸⁾. Pour preuve, en appel, les jugements des tribunaux récalcitrants se sont trouvés infirmés en 2015⁶⁹⁾, les arrêts ayant eux aussi très vite été relayés par la presse⁷⁰⁾.

⁶⁵⁾ TGI Versailles, 29 avr. 2014, n° 13/00168; JurisData n° 2014-013016 ; V. Dr. famille 2014, comm. 113, Ph. Reigné. - TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, n° 14/01472 : JurisData n° 2014-019510 ; TGI Lille, 14 oct. 2013; JurisData n° 2013-027517 ; Dr. famille 2014, comm. 4, C. Neirinck.

⁶⁶⁾ COJ, art. R. 441-1 .

⁶⁷⁾ L. CADIET et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^e éd., n° 255.

⁶⁸⁾ Que cette absence de nuance ait échappé aux médias français, on ne s'en étonnera pas, tant l'inculture juridique est leur lot quotidien, mais que les pouvoirs publics se soient officiellement félicités d'une solution qui est tout, sauf définitive, en dit long sur la ruine de la théorie des sources du droit.

⁶⁹⁾ En dernier lieu, CA Versailles, chambre 1, section 1 16 avril 2015, n°14/05360 et 14/07327, jurisdata n° 2015-008401; CA. Aix-en-Provence, Chambre 6 C, 14 Avril 2015, N° 2015/401, n° 14/13137, jurisdata n°2015-008086 ; CA. Aix-en-Provence, Chambre 6 B, 14 Avril 2015, N° 2015/2013, n° 14/13183, jurisdata n°2015-008853 ; Cour d'appel de Toulouse 10 février 2015 – AJ fam. 2015. 220 ; Cour d'appel de Limoges chambre civile, 2 mars 2015, N° de RG: 14/01192, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030332475&fastReqId=1542351202&fastPos=1> .

⁷⁰⁾ <http://www.tetu.com/2015/04/16/tetue/pma-les-demandes-dadoption-de-4-couples-de-femmes-validees-en-appel/>; <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/04/14/01016-20150414ARTFIG00290-la-cour-d-appel-d-aix-valide-l-adoption-d-un-enfant-concu-par-pma-a-l-etranger.php> .

Quant au Conseil d'État, il admet, par un arrêt du 12 décembre 2014⁷¹⁾, la légalité de la circulaire du garde des Sceaux du 25 janvier 2013⁷²⁾ qui prescrit de faire droit aux demandes de délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger «dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil», même «lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui». Pour le Conseil d'État, en effet, «la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8» de la CEDH, «conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du Code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie». Le Conseil d'Etat s'est donc refusé à imposer que le recours à la gestation pour autrui, fût-il avéré⁷³⁾, soit privé d'effet quant aux conséquences en matière de nationalité, de la filiation de l'enfant, même si sa position pas plus que la circulaire ne préjugent de l'établissement définitif du lien de filiation tenu pour établi «en ce qui concerne la seule délivrance d'un certificat de nationalité», sans porter «atteinte à l'exercice par l'autorité judiciaire de ses compétences». Dans cet arrêt Association des juristes pour l'enfance et autres, le Conseil d'État valide ainsi la circulaire TAUBIRA invitant les procureurs de la République et les greffiers de TGI à délivrer des certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger de parents français nonobstant le soupçon du recours à une convention de gestation pour autrui. La Haute juridiction administrative se fonde sur le droit de l'enfant dont la filiation est établie à l'égard d'un parent français à se voir reconnaître la nationalité que lui confère sa loi personnelle. La décision, qui fait application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme la plus récente, constitue sans nul doute une avancée remarquable dans le débat relatif à la reconnaissance en France des droits des enfants nés de mère-porteuse à l'étranger⁷⁴⁾.

Se pose désormais la question de savoir si le Conseil Constitutionnel peut à nouveau à connaître de la situation via une QPC. Du point de vue procédural, rien ne s'y opposerait, semble-t-il,⁷⁵⁾ non seulement parce que les actions concernées se prêtent se prêtent à la formulation d'un moyen de constitutionnalité et que le

⁷¹⁾ En raison de l'objet de la loi contrôlée, seuls les premiers étaient visés par l'appel au Conseil constitutionnel. Mais la prohibition de la *gestation pour autrui* vise tout autant les couples hétérosexuels ou les célibataires et les règles encadrant la PMA peuvent également être violées par une femme seule ou par un couple hétérosexuel (not. en cas de PMA opérée avec des gamètes ne provenant d'aucun de ses membres).

⁷²⁾ Min. Justice, circ. n° NOR JUSC1301528C; v. N. MATHEY «Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions», *JCP E*, n° 7, 11 février 2013, 162; *JCP G* 2013, act. 162, obs. N. Mathey; *Dr. famille* 2013, comm. 42, obs. C. Neirinck.

⁷³⁾ A fortiori, «Le seul soupçon du recours» à une convention de gestation pour autrui «ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française».

⁷⁴⁾ V. A. Gouttenoire, «Le Conseil d'État améliore le sort des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger», note sous l'arrêt du CE du 12 décembre 2014, *JCP éd. G*, 2015.32.

⁷⁵⁾ J. Roux, «Vox clamantis in deserto. - L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à «priver d'effet» le recours illicite à la PMA et à la gestation pour autrui», préc.

ministère public pourrait soulever un tel moyen en qualité, selon le cas, de partie principale ou jointe à l'instance mais aussi parce que les avis du 22 septembre 2014, comme les arrêts Labassée et Mennesson, voire l'arrêt du Conseil d'État du 12 décembre 2014 seraient «de nature à constituer un changement de circonstances de droit»⁷⁶⁾ justifiant le renvoi d'une telle QPC afin que le Conseil reconsidère éventuellement sa déclaration de conformité à la Constitution des dispositions de la loi du 17 mai 2013.

B. Les arrêts Labassée et Mennesson et la transcription à l'Etat Civil

Les arrêts Labassée et Mennesson prononçant le 26 juin 2014 la condamnation de la France⁷⁷⁾ n'ont pas vraiment été une surprise au vu des débats - juridiques et médiatiques - autour de la gestation pour autrui ayant cours en France et à l'étranger.⁷⁸⁾ On connaît d'ailleurs plus l'affaire comme étant celle des « jumelles californiennes » qui a ému l'opinion publique en raison de l'impossibilité pour un couple hétérosexuel français d'avoir un enfant en raison d'une infertilité de l'épouse. Ce couple avait eu recours, par apport du sperme du mari, à une mère-porteuse californienne et, conformément à la loi californienne, était devenu les parents de ces fillettes sur lesquelles la mère accouchée avait renoncé à exercer tout droit. Les fillettes vivaient en France depuis plus de dix ans, étaient considérées comme les filles des époux mais leur situation juridique était en contradiction avec leur état de fait, faute de transcription à l'Etat Civil. Les parents, au prix d'une longue procédure devant le juge français les ayant conduits finalement conduit à Strasbourg devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme ont eu la satisfaction de voir leur combat compris. La CEDH a par la suite connu une autre affaire concernant la gestation pour autrui, intéressant cette fois l'Italie,⁷⁹⁾ sans pour autant se prononcer sur la compatibilité de la gestation pour autrui avec la Convention. En l'espèce, les requérants - mari et femme -, en violation du droit italien, avaient conclu une convention de mère-porteuse avec une société qui les mit en contact avec une clinique russe. Conformément au droit russe, les requérants furent enregistrés comme étant les parents de l'enfant né, sans indication que l'enfant était né grâce à une mère-porteuse. Les autorités italiennes refusèrent ensuite d'enregistrer le certificat de naissance délivré en Russie et, l'enfant n'ayant aucun lien biologique avec les requérants puisqu'un test ADN avait révélé que M. Campanelli n'était pas le père biologique de l'enfant, décidèrent de mettre ce dernier, âgé de neuf mois, sous tutelle puis de le placer auprès d'une famille d'accueil. Suivant sa jurisprudence

⁷⁶⁾ V. Cass. crim., 20 août 2014, n° 14-80.394: JurisData n° 2014-019229, à propos de CEDH, 15 janv. 2009, n° 36497/05, *Ligue du monde islamique c/ France*.

⁷⁷⁾ CEDH, 26 juin 2014, aff. 65192/11, *Mennesson c/ France* et CEDH, 26 juin 2014, aff. 65941/11, *Labassée c/ France*, D. 2014. p. 1797 note Chénéde Fr., D. 2014, p. 1773, Fulchiron H., AJ famille 2014, p. 396, obs. Dionisi-Peyrusse A., JCP 2014, no 1486, note Gouttenoire A.

⁷⁸⁾ V. *supra*.

⁷⁹⁾ CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*.

antérieure⁸⁰⁾, la Cour juge que les requérants, qui avaient vécu six mois avec l'enfant en Italie à partir de son troisième mois, peuvent se prévaloir de «liens familiaux *de facto*» constitutifs d'une vie familiale au sens de l'article 8 (§ 69) et analyse les décisions, d'une part, de refus de transcription du certificat de naissance et, d'autre part, d'éloignement et de prise en charge de l'enfant comme une ingérence dans la vie familiale des intéressés. Encore fallait-il apprécier l'ingérence en l'espèce. La Cour considère que les juges nationaux «n'ont pas pris une décision déraisonnable» en faisant une application stricte du droit national empêchant la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger du fait de l'absence de liens génétiques avec l'enfant. Elle confirme ainsi la décision *Mennesson*, selon laquelle l'article 8 ne confère pas aux parents d'intention un droit à la reconnaissance en droit interne du lien de filiation établi avec un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger. La Cour s'intéresse ensuite à l'intérêt supérieur de l'enfant et rappelle qu'une mesure de prise en charge d'un enfant constitue une «mesure extrême» qui ne se justifie que s'il s'agit de protéger l'enfant contre un danger immédiat, ce qui n'était pas le cas selon elle en l'espèce. Les conséquences pratiques peuvent cependant en faire douter car l'enfant a aujourd'hui développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013. La Cour elle-même en a conscience puisqu'elle n'oblige pas l'Etat italien à remettre l'enfant aux requérants, l'existence d'une vie familiale semblant ainsi être un critère supplémentaire d'appréciation pour tous les juges confrontés aux conséquences d'une gestation pour autrui régulièrement contractée à l'étranger et non admise sur leur territoire national.

Quoiqu'il en soit aujourd'hui, l'admission de la gestation pour autrui opérée à l'étranger ne peut entraîner la transcription à l'Etat Civil que si l'un des requérants s'avère être génétiquement le père de l'enfant né d'une mère de substitution.

En France, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question depuis ces décisions de la CEDH. On note cependant une décision du TGI de Nantes allant en ce sens.⁸¹⁾ La question se posera sans doute pour des couples hétérosexuels qui, comme les époux *Labassée* et *Mennesson* auront eu recours à cette substitution du fait d'une impossibilité de l'épouse à engendrer. Mais elle se posera désormais également pour les couples homosexuels⁸²⁾ dont l'un des époux aura donné son sperme à la mère-porteuse.⁸³⁾ Citons à cette occasion une affaire allemande concernant des partenaires homosexuels - rappelons que le mariage de personnes de même sexe n'est pas possible en droit allemand - qui avaient eu aussi recours aux services d'une californienne, non mariée, qui leur avait abandonné tous droits sur l'enfant né à la suite d'un don de sperme de l'un des partenaires, les partenaires étant devenus, selon la loi californienne applicable, les parents de l'enfant. Les premiers juges, qui s'étaient prononcés avant les affaires connues de la CEDH, avaient refusé la

⁸⁰⁾ CEDH, 27 avr. 2010, n° 16318/07, *Moretti et Benedetti c/ Italie*: JCP G 2010, act. 578, obs. F. Sudre.

⁸¹⁾ Affaire relayée immédiatement dans les médias, not: http://lemonde.fr/famille-vieprivee/article/2015/05/17-le-tgi-de-nantes-ordonne-d-inscrire-a-l-etat-civil-trois-enfants-nes-par-gestation-pour-autrui_4634917_1654468.html.

⁸²⁾ Tandis que les couples lesbiens seront eux confrontés à la PMA et l'adoption subséquente.

⁸³⁾ La presse s'en fait déjà écho, v. par ex ce couple homosexuel bloqué au Mexique avec les jumeaux nés d'une gestation pour autrui.

transcription à l'Etat Civil⁸⁴⁾. Saisi en révision de la décision du Kammergericht de Berlin⁸⁵⁾, le Bundesgerichtshof⁸⁶⁾ a, en se référant notamment à l'arrêt Mennesson, autorisé ladite transcription, l'un des requérants étant le père biologique de l'enfant.

Ces affaires révélées par le droit comparé, étaient finalement simples et les situations plutôt confortables⁸⁷⁾. Les circonstances garantissaient le respect de l'ordre public apprécié au regard de la CEDH et des principes de droit international privé, notamment pour ceux que l'on a pu appeler en France les «clandestins ou fantômes de la République»⁸⁸⁾. De surcroît un lien biologique unissait l'enfant à l'un des requérants. Mais quid lorsque cela ne sera pas le cas ? L'affaire Paradisio jugée par la CEDH en 2015 pose la question. La fraude n'étant plus apparemment sanctionnable, l'ordre public réinvestirait-il le terrain? Peut-on également toujours être en possession de documents aussi clairs que les documents californiens produits en l'occurrence ? Finalement, voici peut-être un moyen de freiner le tourisme reproductif.... A suivre!

⁸⁴⁾ AG Berlin-Schöneberg - 25.10.2012 - AZ: 70 III 70/12.

⁸⁵⁾ KG Berlin - 01.08.2013 - AZ: 1 W 413/12: La transcription sollicitée est refusée en raison de sa manifeste incompatibilité avec les fondements essentiels du droit allemand („die Anerkennung der Entscheidung des Superior Court of the State of California führe nicht zu einem Ergebnis, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar wäre“).

⁸⁶⁾ BGH, 10.12.2014, XII ZB 463/13, Helms, FamRZ 2015,245 ; Heiderhoff, NJW 2015,485 ; Mayer, StAZ 2015,33 ; Schwonberg, Fam RB 2/2015,55 ; Zwißler, NJFam 2015, 118.

⁸⁷⁾ V. Heiderhoff, NJW 2015.485.

⁸⁸⁾ G. Ruffeux, *Retour sur une question controversée: le sort des enfants nés d'une mère-porteuse à l'étranger*, RDLF 2014 chron.7.

FUNDAMENTAREA RĂSPUNDERII PENTRU FAPTA MINORULUI SAU A CELUI PUS SUB INTERDICȚIE

*Prof. univ. dr. Pompil DRĂGHICI
Facultatea de Drept și Științe Sociale
Universitatea din Craiova*

§ Liability for the acts of the minor and the person laid under interdiction

Abstract:

The article analyzes the issue of liability for the acts of the minor or the person laid under interdiction starting from the assumption that, if in the 1864 Civil Code, the legislature provided in art. 1000(5) that the father and mother, schoolmasters and artisans were not liable if they could prove that they could not prevent the commission of the tort, it becomes obvious that the drafters of the current Code aimed to remove the profoundly inequitable situation in which the parents proved that they supervised, educated the child appropriately, thus not providing the victim with the right remedy. As a result, as long as they are exempted from liability only in certain cases, for identity of legal reasoning, it seems obvious that we are in the presence of objective liability, by virtue of which the one who has a supervision duty is directly and independently liable for the acts of the minor or the person laid under interdiction, according to the quality and relation with the tortfeasor. As mentioned in the doctrine, objective liability for another person's acts, on the basis of a guarantee in favour of the victim, cannot be assimilated to fidejussion (suretyship), since the right of the involved persons to invoke the right of the guarantor to benefit of excussion and debt division is not recognized. Actually, the similarity between fidejussion and liability for another person's acts consists in the idea of guarantee which takes different and specific forms in all cases of vicarious liability.

Key words: *liability for the acts of the minor or the person laid under interdiction, tortfeasor, fidejussion.*

Răspunderea civilă, ca una dintre cele mai importante manifestări ale răspunderii juridice, constă într-un raport de obligații în temeiul căruia o persoană este îndatorată să repare prejudiciul cauzat altuia prin fapta sa ori, în cazurile prevăzute de lege, prejudiciul pentru care este răspunzătoare¹⁾. Aceasta este o categorie fundamentală a dreptului civil și în același timp o instituție deosebit de largă și complexă²⁾, fiind alcătuită din totalitatea normelor de drept prin care se reglementează obligația oricărei persoane de a repara prejudiciul cauzat altuia de fapta sa extracontractuală sau contractuală, faptă pentru care este chemată de lege să răspundă. Răspunderea civilă, prin principiile sale, prin condițiile pe care se întemeiază și prin funcțiile ei, constituie dreptul comun în materie de răspundere patrimonială, contribuind la ocrotirea drepturilor subiective și intereselor legitime ale tuturor persoanelor fizice și juridice. Răspunderea pentru fapta minorului sau a celui pus sub interdicție aparține răspunderii civile delictuale, care permite ca, în situații anume prevăzute de lege, persoana să fie ținută să repare un prejudiciu cauzat fie prin fapta altei persoane, fie de lucruri sau animale aflate sub paza sa juridică. În actualul Cod civil, răspunderea pentru fapta altuia este reglementată atât în cadrul capitolului destinat răspunderii civile delictuale, în cuprinsul dispozițiilor art. 1.372-1.374 C. civ., cât și în materia răspunderii civile contractuale (capitolul destinat executării silite a obligațiilor), mai exact în cuprinsul dispozițiilor art. 1.519 C. civ. privind răspunderea pentru fapta terților.

Potrivit art. 1.372 alin. (1) C. civ.: „cel care în temeiul legii, al unui contract ori al unei hotărâri judecătorești este obligat să supravegheze un minor sau o persoană pusă sub interdicție³⁾ răspunde de prejudiciul cauzat altuia de către aceste din urmă persoane”. Din această reglementare înțelegem că orice persoană, fizică sau juridică, poate răspunde civil în locul minorului sau interzisului judecătorec; noțiunea de supraveghere este privită în sens larg, circumscrisă activităților cu caracter continuu de *educare, îndrumare, responsabilizare, ocrotire și control*; persoana autorizată legal, judiciar sau convențional cu exercitarea autorității părintești sau a supravegherii va răspunde direct pentru activitățile prejudiciabile săvârșite de autorul lipsit de capacitate legală deplină de exercițiu; răspunderea

¹⁾ L. Pop, *Răspunderea civilă. Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Universitatea Babeș-Bolyai, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1984, p. 152.

²⁾ A se vedea I. Albu, I. Ursa, *Răspunderea civilă pentru daune morale*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1979, p. 23.

³⁾ În doctrină s-a exprimat opinia conform căreia, în realitate, art. 1.372 C. civ. are doar rolul de a nominaliza persoanele care, raportat la calitatea pe care o au, sunt chemate să repare prejudiciul provocat prin fapta unui minor sau a unui interzis, între a repara un prejudiciu și a răspunde nefiind o echivalență de sens. Pentru a argumenta această diferență de conținut juridic s-a oferit exemplul art. 1.349 C. civ. care, la alin. (2), prevede că „cel care, având discernământ, încalcă această datorie răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral”, pentru ca la alin. (3) să statueze că, „în cazurile anume prevăzute de lege, o persoană este obligată să repare prejudiciul cauzat de fapta altuia (...)”. Diferența dintre a răspunde și a repara este semnificativă, în timp ce primul concept desemnează o asumare a urmărilor cauzate de fapta proprie, cel de-al doilea, cu referire la răspunderea pentru prejudiciul cauzat de alții, se referă strict la executarea unei obligații, de natură legală sau convențională, de către persoanele desemnate prin normă legală sau contractuală, în considerarea unor calități speciale. În acest sens, a se vedea S. Neculaescu, *op. cit.*, p. 691-692.

celor obligați a supraveghea un minor sau o persoană pusă sub interdicție subzistă și în cazul în care făptuitorul nu răspunde pentru fapta proprie, întrucât nu are discernământ [art. 1.372 alin. (2) C. civ.]; victima păgubită va dovedi fapta ilicită, existența prejudiciului, raportul de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu, fiind scutită, însă, de proba culpei făptuitorului. În favoarea persoanelor ținute la supraveghere operează art. 1.372 alin. (3) C. civ. Dacă deținătorii autorității asupra minorului sau interzisului judecătorec demonstrează că nu ar fi putut împiedica fapta prejudiciabilă, nu se poate angaja contra lor răspunderea civilă în condițiile art. 1.372 alin. (1) C. civ. Precum vom vedea, detaliat, în cele ce urmează, formularea legiuitorului, utilizată în alin. (3) al art. 1.372 C. civ., constituie un element foarte important în stabilirea naturii răspunderii pentru fapta minorului sau celui pus sub interdicție. Legiuitorul a impus, totuși, restricții suplimentare pentru persoanele care exercită autoritatea părintească. Astfel, în cazul părinților, funcționarea cauzei exoneratoare de răspundere este condiționată de inexistența oricărei culpe părintești în ceea ce privește educația și formarea morală a minorului. Prin urmare, pentru a evita angajarea răspunderii civile, părinții trebuie să demonstreze intervenția unei cauze străine, constând în fapta victimei sau fapta unui terț față de care nu sunt ținute să răspundă.

A. Răspunderea pentru fapta minorului sau a celui pus sub interdicție, formă a răspunderii obiective

În doctrina și literatura de specialitate, anterioare actualului Cod civil, determinarea fundamentului răspunderii părinților pentru prejudiciile cauzate de copiii lor minori s-a făcut diferit în funcție de modul în care au fost corelate sau nu dispozițiile art. 1000 alin. (2) C. civ. cu dispozițiile art. 101 alin. (2) C. fam. din 1956. Inițial, atât literatura de specialitate, cât și practica instanțelor de judecată au pornit de la premisa că răspunderea părinților se fundamentează pe nerespectarea obligației de a exercita supraveghearea asupra copiilor minori⁴⁾.

Opinia în discuție prezenta dezavantajul că nu corela dispozițiile art. 1000 alin. (2) C. civ. din 1864, care afirma principiul răspunderii părinților pentru faptele copiilor lor minori, cu dispozițiile art. 101 alin. (2) C. fam. din 1956, care reglementa această răspundere, ajungându-se la concluzia eronată că aceștia nu răspund decât în temeiul unei prezumții de culpă din lipsa de supraveghere a minorilor. Or, în acest mod, răspunderea părinților era restrânsă nejustificat, fiind ignorată situația victimei, care trebuie să dovedească culpa proprie a părinților în educarea copiilor lor minori, lucru care era foarte dificil.

Pornindu-se de la dispozițiile art. 101 alin. (2) C. fam. din 1956, conform cărora părinții „sunt obligați să crească copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, de educarea, învățătura și pregătirea profesională a acestora, potrivit cu însușirile lui (...), spre a-l face folositor colectivității”, atât în doctrină, cât și în

⁴⁾ V. Loghin, *Responsabilitatea civilă a părinților pentru faptele ilicite ale copiilor lor minori*, în LP nr. 6/1956, p. 667. În același sens a fost și practica instanțelor de judecată, Trib. Suprem, dec. nr. 1777/1976 (nepublicată); S. Ghimpu, S. Grossu, *Capacitatea și reprezentarea persoanelor fizice*, în R.P.R., Ed. Științifică, București, 1960, p. 139-140.

practică a fost reasezat fundamentul prezumției de culpă a părinților. S-a opinat⁵⁾, astfel, că părinții răspund atât pentru lipsa de supraveghere a copilului, cât și pentru neîndeplinirea obligației de a asigura educarea acestuia.

În practică, această concepție și-a găsit aplicarea pentru prima dată prin decizia nr. 4 a Tribunalului Suprem din 17 ianuarie 1977, fiind consacrată definitiv prin decizia nr. 18 din 15 martie 1982⁶⁾. În prezent, întreaga doctrină interpretează dispozițiile art. 1.372 C. civ. ca izvor al răspunderii obiective întemeiate pe ideea asumării riscului aferent exercitării unei relații de autoritate asupra autorului faptei ilicite prejudiciabile. Privită din punct de vedere istoric, nu este însă o concepție nouă, ea fiind preluată din doctrina și jurisprudența franceză.

În acest sens, menționăm că, potrivit legislației franceze, anterioară anului 1960, răspunderea părinților pentru faptele prejudiciabile ale copiilor avea ca suport juridic *prezumția de culpă*. Legea prezuma că părinții sunt vinovați și responsabili întrucât nu au supravegheat suficient sau nu au educat corespunzător copiii-autori ai unor fapte dăunătoare altora. Ulterior, pe măsură ce a trecut timpul și moravurile societății au evoluat în direcția diminuării severității părintești, răspunderea civilă a părinților pentru faptele ilicite săvârșite de copiii lor a fost privită ca o *garanție*, fondată pe ideea de solidaritate familială. Actualmente, ca urmare, îndeosebi, a hotărârii judecătorești pronunțate în februarie 1997 în cauza Bertrand⁷⁾, jurisprudența franceză a transformat răspunderea civilă a părinților într-o răspundere de plin drept, întemeiată pe ideea de *pază a altuia, obiectivă*⁸⁾, fiind angajabilă chiar și în lipsa culpei autorului faptei ilicite.

⁵⁾ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 256; Tr. Ionașcu, *Curs de drept civil*, Litografia Universității București, 1956, p. 47; C. Stătescu, C. Birsan, *op. cit.*, 1994, p. 196; E.A. Barasch, I. Nestor, S. Zilberstein, *Ocotirea părintească*, Ed. Științifică, București, 1960, p. 155, 156; R. Petrescu, *op. cit.*, 1996, p. 172-175. Potrivit art. 1000 alin. (2) C. civ. din 1864, părinții răspund de prejudiciul cauzat de copiii lor minori ce locuiesc cu dâșii. Textul privește răspunderea dedusă din lipsa de supraveghere a minorilor de către părinți. În art. 1000 alin. final din vechiul Cod se prevede că părinții sunt apărați de răspundere dacă probează că nu au putut împiedica faptul prejudiciabil, adică dacă supravegherea nu a putut fi exercitată dintr-o cauză obiectivă ce nu le poate fi imputată sau dacă, în împrejurările în care fapta a fost săvârșită, aceasta nu a putut fi împiedicată de ei. Dispozițiile legale de mai sus referitoare la răspunderea părinților au fost extinse implicit prin Codul familiei, care statornicește în mod expres obligațiile părinților față de copiii lor minori. Astfel, în art. 101 fostul Cod al familiei se prevede că părinții sunt datori să îngrijească de persoana copilului, precizând că ei sunt obligați, între altele, să îngrijească și de educarea copilului, noțiunea de educare fiind mai largă decât aceea de supraveghere, pe care o include. Acest text nu constituie o recomandare, ci, având caracter imperativ, impune o obligație care implică în mod necesar răspunderea pentru orice pagubă pricinuită de minor ca rezultând din lipsa de educație, iar lipsa unei educații corespunzătoare trebuie dedusă întotdeauna din chiar faptul antisocial prejudiciabil săvârșit de minor. Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 18/1982, în CD 1982, p. 101.

⁶⁾ Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 18/1982, în CD 1982, p. 101.

⁷⁾ Hotărârea din 19 februarie 1997 a celei de-a doua Camere Civile a Curții de Casație Franceze.

⁸⁾ În doctrină a fost exprimată și opinia conform căreia fundamentul obiectiv al răspunderii pentru fapta minorului sau a celui pus sub interdicție „trebuie căutat și aflat în ideea de garanție obiectivă care are ca suport riscul de autoritate ce incumbă persoanei răspunzătoare, pe care îl presupune și determină existența și îndeplinirea obligației de supraveghere a minorilor și interzișilor judecătorești (...)”. Pentru această opinie, a se vedea L. Pop, *op. cit.*, p. 474.

Prin dispozițiile art. 1.372 alin. (2), redactorii Codului civil au statuat că răspunderea celor obligați a supraveghea un minor sau o persoană pusă sub interdicție *subzistă și în cazul în care făptuitorul nu răspunde pentru fapta proprie, întrucât nu are discernământ*. În atare împrejurare, în care făptuitorul, minor sau interzis, nu are discernământ, antamarea răspunderii celui chemat în temeiul legii, al unui contract ori al unei hotărâri judecătorești să supravegheze apare ca o răspundere străină de culpă, ceea ce înseamnă că redactorul Codului a avut în vedere să stabilească o răspundere obiectivă. În favoarea acestui raționament sunt și dispozițiile art. 1.372 alin. (3) C. civ. conform cărora cel obligat la supraveghere este exonerat de răspundere numai dacă dovedește că nu a putut împiedica fapta prejudiciabilă.

Privitor la dovada pe care o poate face cel obligat la supraveghere, în vederea exonerării de răspundere, este evident că aceasta este o cauză străină, care poate consta în fapta victimei sau fapta unei terțe persoane. Pe cale de consecință, exonerarea de răspundere nu este fundamentată pe existența sau inexistența vinovăției persoanei răspunzătoare, ci pe baza unor cauze străine. Dacă în Codul civil din 1864 legiuitorul stabilea în art. 1000 alin. (5) că, tatăl și mama, institutorii și artizanii sunt apărați de responsabilitate dacă probează că n-au putut împiedica faptul prejudiciabil, apare ca evident că redactorii actualului Cod au urmărit să înlăture situația profund inechitabilă în care părinții ar fi făcut dovada că au supravegheat, au educat corespunzător copilul, lăsând astfel victima complet nedespăgubită. Prin urmare, în condițiile în care exonerarea de răspundere intervine numai în cazurile amintite mai sus, pentru identitate de rațiune juridică, apare ca evident că suntem în prezența unei răspunderi obiective, în virtutea căreia cel obligat la supraveghere, răspunde direct și independent de minor sau persoana interzisă, în raport de calitatea și de legătura cu autorul prejudiciabil. Precum s-a statuat și în doctrină⁹⁾, răspunderea obiectivă pentru fapta altuia, pe temeiul unei garanții în favoarea victimei, nu are a fi asimilată fideiusiunii, în condițiile în care celor implicați nu le este recunoscut dreptul de a invoca beneficiul de diviziune ori cel de discuțiune. În realitate, similitudinea între fideiusiune și răspunderea pentru fapta altuia constă în ideea de garanție, prezentă, în forme specifice, în cazul tuturor tipurilor de răspundere indirectă.

Modificarea art. 1.372 alin. (3) C. civ., prin Legea nr. 71/2011, în sensul completării cu teza finală a textului, conform căruia „în cazul părinților sau, după caz, al tutorilor, dovada se consideră a fi făcută numai dacă ei probează că fapta copilului constituie urmarea unei alte cauze decât modul în care și-au îndeplinit îndatoririle decurgând din exercițiul autorității părintești”, ar apărea că vine în contradicție cu dispozițiile anterioare, deoarece pe terenul probațiunii fapta copilului trebuie să constituie urmarea unei alte cauze decât modul în care părinții sau, după caz, tutorele, și-au îndeplinit îndatoririle decurgând din exercițiul autorității părintești. Este evident că aceste cauze nu pot fi decât cele indicate la art. 1.351-1.352 C. civ.

⁹⁾ R.I. Motica, F.I. Mangu, *Aspecte privind reglementarea răspunderii civile delictuale pentru fapta altuia în Noul Cod civil. Noile Coduri ale României*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 248, cu notele de subsol aferente.

Literatura de specialitate¹⁰⁾ a analizat problema persoanei în raport cu care trebuie examinată cauza exoneratoare de răspundere. În acest sens, s-a considerat că, în condițiile în care cauza străină este menită a-l împiedica pe cel obligat la supraveghere de la executarea obligațiilor sale, cauza exoneratoare va trebui să se interpună între fapta supraveghetorului și cea a supravegheatului, înlăturând, astfel, raportul de cauzalitate.

Operând o disjuncție între părinți și tutori și celelalte persoane chemate să răspundă, reglementarea în discuție devine prolixă, generând neajunsuri în interpretarea care trebuie dată asupra fundamentului acestui tip de răspundere pentru fapta altei persoane, putând să ducă la antamarea discuțiilor asupra prezumțiilor de culpă vehiculate anterior în doctrină. De altfel, sunt autori¹¹⁾ care au precizat că, deși răspunderea părinților și tutorilor ar trebui să fie obiectivă, nu pot fi de acord cu opinia potrivit căreia înlăturarea răspunderii acestora este posibilă doar pe terenul raportului de cauzalitate, prin dovedirea altei cauze a prejudiciului, aducând ca argument faptul că, atunci când legiuitorul a înțeles să stipuleze situații de răspundere obiectivă, a folosit, de obicei, sintagma „independent de orice culpă” (art. 1.375-1.376 C. civ.) și a precizat expres ca singure cauze exoneratoare fapta victimei înseși, fapta unui terț, forța majoră (stipulate de art. 1.380). Observațiile autorului citat sunt pertinente, deoarece, așa cum, de altfel, acesta arată în continuarea analizei sale, dacă legiuitorul avea intenția să instituie în mod expres o astfel de situație și pentru răspunderea părinților și tutorilor avea modalități mai clare de a o face decât prin formularea „numai dacă dovedește că nu a putut împiedica fapta prejudiciabilă”. Drept urmare, nu putem decât să fim de acord cu faptul că, în ceea ce privește răspunderea părinților și tutorilor, legea lasă expres posibilitatea unei probe contrare ce face ca răspunderea lor să fie întemeiată pe o prezumție relativă de culpă.

Rămâne, așadar, un deziderat doctrinar justificat din punct de vedere al utilității sociale opinia că și în acest caz am fi în prezența unei răspunderi obiective, deziderat care urmează, însă, să fie consacrat, de va fi însușit și în practica instanțelor de judecată.

Pentru a preîntâmpina exonerarea de răspundere a părinților și tutorilor care ar fi în contradicție cu ideea de „garanție parentală” și a se ajunge la o abordare neunitară a răspunderii persoanelor chemate să repare prejudiciul pe temeiul art. 1.372 C. civ., literatura de specialitate¹²⁾ s-a pus de acord asupra faptului că, în stabilirea fundamentului răspunderii pentru fapta minorului sau a celui pus sub interdicție, un rol esențial îl joacă art. 1.372 alin. (1) teza I, inspirat din prevederile art. 832 C. civ. german, conform căruia „Cel obligat la supraveghere este exonerat de răspundere numai dacă dovedește că nu a putut împiedica fapta prejudiciabilă”.

Pentru interpretarea articolului anterior menționat, trebuie făcută o trimitere la art. 1.351 și art. 1.352 C. civ., norme ce reglementează cauzele exoneratoare de răspundere. Cu alte cuvinte, răspunderea, în temeiul art. 1.372 alin. (1) C. civ., va fi înlăturată dacă acela sau aceia chemați a răspunde pentru o altă persoană va/vor putea

¹⁰⁾ *Idem*, p. 258.

¹¹⁾ P. Pricope, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 170-171.

¹²⁾ L Pop, *op. cit.*, p. 472-475; R.L. Boilă, *op. cit.*, p. 1372; S. Niculaescu, *op. cit.*, p. 691 și urm.

face dovada, în cazul îndeplinirii, teoretice, a condițiilor răspunderii, a intervenției unei alte cauze decât modul în care și-au îndeplinit îndatoririle decurgând din exercițiul autorității părintești. Completarea operată de către legea de punere în aplicare a Noului Cod civil nu schimbă caracterul răspunderii reglementate de art. 1.372 alin. (1), aceasta rămânând una obiectivă, în lipsa vinovăției, posibil de înlăturat doar prin dovedirea intervenției unei cauze exoneratoare de răspundere¹³⁾. În esență, condițiile acestei răspunderi, precum și efectele sale evidențiază consecințele juridice ale unui raport pur formal de autoritate: cel care este deținătorul autorității asupra minorului va răspunde pentru daunele cauzate prin fapta ilicită a acestuia.

În concluzie, prezenta reglementare juridică avantajează, în mod evident, persoana vătămată (creditorul din raportul obligațional), care nu mai are obligația de a proba culpa autorului. Pe de altă parte, aceste dispoziții pun părinții și celelalte persoane obligate la supravegherea minorului (debitorii din raportul obligațional) într-o poziție vădit dezavantajoasă juridic, dar nu și inechitabilă social. În mod justificat, în literatura de specialitate anterioară Noului Cod civil, s-a menționat că prezumția stabilită de art. 1000 alin. (2) C. civ. nu ar trebui reținută în considerarea identității fizice a părintelui, ci în virtutea faptului că cel care urmează să răspundă este investit cu drepturile și îndatoririle decurgând față de copilul minor, din calitatea de părinte, deci cu drepturile și îndatoririle părintești¹⁴⁾.

B. Sfera persoanelor pentru care se răspunde

Dacă în art. 1000 alin. (2) și (4) C. civ. din 1864 sfera persoanelor pentru care putea fi angajată răspunderea se limita la copiii minori ce locuiau cu părinții, respectiv la elevi și ucenici, art. 1.372 C. civ. actual prevede obligativitatea de răspundere pentru copiii minori până în 18 ani¹⁵⁾ și pentru persoanele puse sub interdicție¹⁶⁾, indiferent de vârstă, persoane care au nevoie de control și supraveghere, fie datorită vârstei fragede, fie datorită stării lor precare de sănătate mintală. Așadar, elementul comun al categoriilor de persoane pentru care legea a instituit răspunderea în discuție îl reprezintă lipsa sau diminuarea capacitații de folosință a lor.

Este de la sine înțeles că pentru prejudiciile cauzate de persoane majore lipsite de discernământ, care nu au fost puse sub interdicție, nu poate fi angajată răspunderea juridică în temeiul art. 1.372 C. civ. Răspunderea acestora nu poate fi angajată nici în temeiul art. 1.357 C. civ., răspunderea pentru fapta proprie, care implică în mod necesar existența vinovăției, fiind incidente eventual dispozițiile art. 1.378 alin. (1) C. civ., care stabilește în sarcina acestora, pentru considerente de echitate,

¹³⁾ Pentru o analiză detaliată a cauzelor exoneratoare de răspundere, a se vedea capitolul dedicat acestora, plasat după răspunderea pentru prejudiciile cauzate de lucruri.

¹⁴⁾ C. Stătescu, *op. cit.*, p. 39; E. Barasch, S. Zilberstein, I. Nestor, *op. cit.*, p. 162-163.

¹⁵⁾ Art. 38 alin. (2) C. civ. dispune că „Persoana devine majoră la împlinirea vârstei de 18 ani”.

¹⁶⁾ Art. 164 C. civ. statuează că: „(1) Persoana care nu are discernământul necesar pentru a se îngriji de interesele sale, din cauza alienației ori debilității mintale, va fi pusă sub interdicție judecătorească. (2) Pot fi puși sub interdicție judecătorească și minorii cu capacitate de exercițiu restrânsă”. *Per a contrario*, nu va fi pusă sub interdicție, și deci va fi exclusă răspunderea întemeiată pe art. 1.372 C. civ., persoana lipsită de discernământ, dar străină stărilor de alienație ori debilitate mintală.

o îndatorire de indemnizație a victimei prejudiciului care va fi stabilită în concret de instanța de judecată, ținându-se cont de situația patrimonială a părinților¹⁷⁾.

Actualul Cod civil reglementează la art. 261 (din Cartea a II-a - Despre familie) îndatorirea primordială a părinților de creștere și educare a copiilor lor minori. Aceste dispoziții legale sunt completate cu cele prevăzute de art. 493 C. civ. care prevăd îndatorirea părinților de supraveghere a copilului minor. Prin voința legiuitorului, obligațiile mai sus menționate au fost extinse și la alte persoane. Astfel, potrivit art. 1.372 C. civ., persoanele care în temeiul legii, al unui contract sau al unei hotărâri judecătorești sunt însărcinate cu supravegherea minorului răspund pentru fapta minorului ca pentru propria lor faptă. Întrucât legea nu distinge, observăm că sunt incluse în această sferă a răspunderii civile tutorele, curatorul, bonele, asistentul maternal, taberele școlare, spitalul, școala specială, serviciul de tip rezidențial care are în îngrijire minori (centru de plasament, centru de primire a copilului în regim de urgență), centrul de reeducare, penitenciarul pentru minori.

Condiția necesară și suficientă pentru angajarea răspunderii civile pentru fapta ilicită a minorului o constituie existența unei relații speciale, complexe și permanente de autoritate între minor și persoana fizică sau juridică obligată la supraveghere. Prin urmare, nu pot răspunde civil persoanele care exercită ocazional, temporar, supravegherea modului de viață al minorului, complementar titularilor autorității părintești, fără a fi îndatorați la îndeplinirea obligațiilor ce revin în mod obișnuit părinților.

Precum reiese din chiar formularea art. 1.372 alin. (1) C. civ., obligația de supraveghere are o triplă origine: legală, contractuală sau judiciară. În ceea ce privește obligația legală de supraveghere, art. 493 C. civ. stabilește, cu valoare de principiu, că „părinții au dreptul și îndatorirea de supraveghere a copilului minor”. În contextul sferei prerogativelor conferite de autoritatea părintească, articolul anterior menționat trebuie raportat la art. 487 C. civ., conform căruia „Părinții au dreptul și îndatorirea de a crește copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, psihică și intelectuală, de educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor convingeri, însușirilor și nevoilor copilului; ei sunt datori să dea copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia”.

Obligațiile de supraveghere, enumerate anterior, incumbă atât părinților firești, cât și adoptatorilor, precum și tutorelui minorului, în sarcina căruia cad drepturile și obligațiile părintești cu privire la minor și la bunurile sale, sau tutorelui interzisului¹⁸⁾. De altfel, s-a arătat¹⁹⁾ că obligația de supraveghere, în temeiul art. 1.372 alin. (1) C. civ., revine și: cadrelor didactice din învățământul preuniversitar, meseriașilor care instruiesc ucenici minori, asistenților maternali, persoanelor fizice sau juridice care, în calitate de profesioniști, își asumă o obligație de instruire/reeducare/îngrijire etc. (de pildă, o fundație care înființează un centru de recuperare a debililor mintali sau

¹⁷⁾ În același sens, a se vedea și A. Tampa, *Fundamentul obligației de reparare a prejudiciului de către persoana lipsită de discernământ*, în *Dreptul* nr. 11/2011, p. 154.

¹⁸⁾ A se vedea art. 110-163 C. civ.

¹⁹⁾ L. Pop, *op. cit.*, p. 469-470.

orfelinatele), centrelor de reeducare și unităților penitenciare pentru minori etc.²⁰⁾. Menționăm că și în vechea reglementare civilă răspundeau, pentru faptele elevilor aflați în supravegherea lor, educatorii din învățământul preșcolar, pedagogul din internatele de elevi, instructorii de sport sau lucru, profesorii din învățământul gimnazial, liceal sau profesional etc.²¹⁾ În această categorie nu intră profesorii din învățământul superior, atribuțiile acestora fiind limitate la instruirea unor categorii de tineri fără a avea și atribuții de supraveghere (constatare valabilă și ulterior intrării în vigoare a Noului Cod civil; de altfel, ar fi și greu de imaginat cazul unui student minor).

Prin hotărâre judecătorească obligația de supraveghere poate fi stabilită prin încredințarea minorului altei persoane, unei rude sau familii, ori unei instituții de ocrotire care, potrivit art. 399 alin. (1) C. civ., vor exercita drepturile și îndatoririle părintești cu privire la persoana acestuia. Subliniem că raporturi juridice de natura celor descrise anterior se nasc potrivit art. 1.372 C. civ. și în cazul persoanelor puse sub interdicție judecătorească, aflate sub supraveghere pe toata durata absenței capacității legale depline de exercițiu. Reamintim că punerea sub interdicție are un caracter temporar.

De asemenea, este de reținut că excepțiile întâlnite în materia răspunderii contractuale - potrivit art. 1.205 alin. (2) C. civ. - pentru persoana pusă sub interdicție *ulterior* săvârșirii faptei ilicite nu operează în materia răspunderii civile delictuale.

C. Condițiile răspunderii persoanei care are obligația de supraveghere a unui minor sau a unui interzis judecătoresc

Doctrina, de regulă, împarte condițiile răspunderii persoanei care are obligația de supraveghere a unui minor sau interzis judecătoresc în condiții generale și condiții speciale²²⁾. Condițiile generale sunt aceleași ca în cazul răspunderii pentru fapta proprie, și anume: prejudiciul, fapta ilicită, raportul de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu²³⁾.

În ceea ce privește vinovăția autorului faptei ilicite, aceasta nu este o condiție ce trebuie îndeplinită pentru a ne afla în prezența răspunderii reglementate de art. 1.372 C. civ.; mai mult decât atât, noua reglementare tratează, în alin. (2) al art. 1372 C. civ., această problemă, stabilind: „Răspunderea subzistă chiar în cazul când făptuitorul, fiind lipsit de discernământ, nu răspunde pentru fapta proprie”.

²⁰⁾ Pentru detalii, a se vedea capitolul dedicat condițiilor răspunderii persoanei care are obligația de supraveghere a unui minor sau a unui interzis judecătoresc.

²¹⁾ Pentru a folosi un termen unitar, care să cuprindă toate situațiile de mai sus, doctrina anterioară intrării în vigoare a actualului Cod civil propusese utilizarea termenului de „profesor”, în sens mai larg, aplicabil membrilor corpului didactic în general. În acest sens, a se vedea C. Stătescu, *op. cit.*, 1984, p. 971.

²²⁾ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 267; C. Stătescu, *op. cit.*, p. 225; I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, V. Loghin, *op. cit.*, p. 674; I.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 135; L. Pop, R. Gidro, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Cluj-Napoca, 1982, p. 174.

²³⁾ Pentru o prezentare pe larg a acestor condiții, dar și a condiției vinovăției, a se vedea capitolul dedicat condițiilor răspunderii civile delictuale.

Ca urmare a introducerii alin. (2) al art. 1.372 în Noul Cod civil, problema care s-a ridicat în vechea reglementare, se referea la întrunirea condițiilor generale ale răspunderii pentru fapta proprie. Pornindu-se de la ideea că, pe primul plan, trebuie să fie pusă protecția victimei, atât doctrina, cât și practica, au răspuns în consonanță cu o astfel de abordare, cu motivarea că, dacă s-ar cere ca minorul să fi lucrat cu discernământ, s-ar înlătura răspunderea părinților tocmai în acele cazuri în care prezența lor în supravegherea și îndrumarea minorului ar fi fost mai necesară²⁴⁾.

Condițiile specifice ale răspunderii instaurate de art. 1.372²⁵⁾ se desprind chiar din analiza textului de lege mai sus menționat: „Cel care în temeiul legii, al unui contract ori al unei hotărâri judecătorești este obligat să supravegheze un minor sau o persoană pusă sub interdicție răspunde de prejudiciul cauzat altuia de către aceste din urmă persoane”.

Așadar, sunt două condiții speciale care trebuie îndeplinite: starea legală de minoritate sau statutul de persoană pusă sub interdicție; existența obligației de supraveghere în sarcina persoanei răspunzătoare, obligație născută din lege, contract sau hotărâre judecătorească.

1. Minoritatea sau statutul de persoană pusă sub interdicție al autorului faptei ilicite

Referitor la această condiție, este de reținut că minoritatea sau statutul de interzis judecătorec al autorului faptei ilicite trebuie să existe în momentul comiterii faptei ilicite. Așadar, persoanele obligate la supraveghere vor fi ținute răspunzătoare chiar dacă, între timp, minorul a împlinit vârsta de 18 ani sau interdicția judecătorească a fost ridicată.

După cum am argumentat anterior, art. 1.372 C. civ. subliniază obligativitatea angajării unei răspunderi directe și obiective, independente de culpa autorului faptei ilicite, precum și de capacitatea delictuală a acestuia. Observăm că acest text de lege nu face diferențe de tratament juridic între minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani - prezumat ca fiind lipsit de discernământ (art. 1.366 C. civ.) - și minorul între 14-18 ani - prezumat că are discernământ.

Totuși, pentru a evita erorile de interpretare, se impune o precizare: sensul art. 1.372 C. civ. are în vedere repararea prejudiciului cauzat prin fapta persoanei lipsite de discernământ ori cu discernământ în formare. Prin urmare, în ipoteza unei fapte prejudiciabile săvârșite de minorul căsătorit (art. 39 C. civ.) sau de către minorul care a dobândit capacitatea de exercițiu anticipat (art. 40 C. civ.) nu mai sunt aplicabile dispozițiile art. 1.372 C. civ. sau ale art. 1.368 C. civ., ci regulile privitoare la răspunderea pentru fapta proprie (art. 1.357 C. civ.).

²⁴⁾ Trib. Suprem, Col. civ., dec. nr. 296/1962, în C.D. 1962, p. 147; M. Eliescu, *op. cit.*, p. 267-268; R. Sanilevici, *op. cit.*, p. 159.

²⁵⁾ Conform vechiului Cod civil, două condiții speciale trebuiau întrunite pentru a se putea angaja răspunderea părinților: copilul să fie minor; copilul să locuiască cu părinții săi.

2. Obligația de supraveghere

În dreptul francez, principala sursă de inspirație a legiuitorului român, răspunderea de plin drept intervine în situația în care între două persoane există o relație de autoritate. Mai exact, o persoană are autoritate în fața alteia, constând în puterea de direcție, control și supraveghere a activității acesteia²⁶⁾. Prin urmare, dacă ne raportăm și la noțiunea de pază, definită, în contextul reglementării răspunderii pentru prejudiciul cauzat de animale sau de lucruri, de art. 1.377 C. civ., prin obligația de supraveghere înțelegem puterea persoanei chemate să răspundă de a controla, organiza și dirija activitatea autorului faptei prejudiciabile lipsit de capacitatea deplină de exercițiu sau de sănătate mintală.

În literatura de specialitate apărută sub imperiul Codului din 1864 s-a exprimat *opinia* că, deși fundamentul răspunderii părinților rezidă atât în lipsa de supraveghere, cât și în neîndeplinirea obligației de educare a copilului, totuși, părintele căruia nu i s-a încredințat copilul nu răspunde de paguba cauzată de acesta²⁷⁾, deoarece el nu are chemarea de a educa direct pe copil²⁸⁾. Conform unei *alte opinii*²⁹⁾, părintele căruia nu i s-a încredințat copilul ar putea să răspundă în măsura în care s-ar constata în sarcina sa vreo culpă în legătură cu educația minorului, dar, în acest caz, răspunderea va opera în baza art. 998-999 C. civ. din 1864, și nu a art. 1000 alin. (2) C. civ. din 1864. Spre deosebire de Codul civil din 1864, în noua reglementare nu mai apare condiția existenței comunității de locuință a minorului sau interzisului judecătoresc cu persoana sau autoritatea în sarcina căreia există obligația de supraveghere³⁰⁾.

²⁶⁾ Ph. Le Tourneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2000/2001, p. 125; L. Pop, *Discuții de lege lata cu privire la recunoașterea existenței unui principiu de răspundere civilă delictuală pentru fapta altuia consacrat în Codul civil român*, p. 60-73.

²⁷⁾ Referitor la problema în discuție, se desprind următoarele două reguli: 1) pentru fapta minorului va răspunde părintele căruia acesta i-a fost încredințat; și 2) ori de câte ori părintele căruia nu i-a fost încredințat minorul exercită în fapt drepturile părintești, cu caracter de durată, iar minorul locuiește la el, răspunderea îi revine acestuia. În fapt, practica judiciară agreea ideea că putea fi angajată în temeiul art. 1000 alin. (2) C. civ. din 1864 și răspunderea părintelui căruia nu i-a fost încredințat minorul și chiar în situația în care acesta nu ar exercita în fapt supravegherea lui, dându-se astfel importanța cuvenită fundamentului juridic real al răspunderii părinților. Era logic să se procedeze astfel, deoarece, prin divorț, părintele căruia nu i-a fost încredințat copilul nu rupe legăturile cu acesta și nu este absolvit de obligațiile părintești. În acest sens, a se vedea TMB, s. a II-a pen., dec. nr. 461/1992, CPJP 1992, p. 239; în același sens, Trib. Suprem, dec. pen. nr. 519/1988, în RRD nr. 9/1988, p. 74; Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 1828/1980, în CD 1980, p. 340.

²⁸⁾ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 260.

²⁹⁾ C. Stătescu, *op. cit.*, p. 50.

³⁰⁾ Potrivit art. 14 alin. (1) din Decretul nr. 31/1954, aplicabil până la intrarea în vigoare a actualului Cod civil, domiciliul legal al minorului era la părinții săi sau la acela dintre părinți la care locuia statornic. Acest articol se corobora și cu dispozițiile 100 alin. (1) C. fam. din 1956, care prevedeau: „copilul minor locuiește cu părinții săi”. Discuții în doctrina anterioară adoptării Noului Cod civil au vizat situația în care condiția locuinței minorului alături de părinții săi să nu fie îndeplinită. De pildă, unii autori considerau că până în momentul în care nu se face dovada că părăsirea locuinței este imputabilă exclusiv minorului, care a întrerupt coabitarea în mod nejustificat și în mod intempestiv, nu poate fi înlăturată prezumția de responsabilitate a părinților (în acest sens, a se vedea R. Petrescu, *op. cit.*, p. 171). Alți

Comunitatea de locuință ocupă un rol primordial în cadrul răspunderii părinților în dreptul francez, este un element indispensabil care îi ajută să delimiteze răspunderea părinților reținută în temeiul art. 1.384 alin. (4) și răspunderea celorlalte persoane care dețin paza juridică a minorului, angajată în baza art. 1.384 alin. (1) C. civ. francez³¹). Necesitatea comuniunii de locuință se baza, în reglementarea anterioară, pe un criteriu logic: cum am putea reține o vină în supraveghere sau o educație necorespunzătoare, în sarcina părinților, dacă aceștia nu locuiesc cu copiii lor pentru a putea să-i controleze. Bazată pe o opinie doctrinară și jurisprudențială dominantă³²), în această situație coabitarea reprezenta o condiție primordială în angajarea răspunderii părinților în temeiul art. 1000 alin. (2) C. civ. din 1864.

În ceea ce privește actualul Cod civil, acesta a adoptat ideea existenței, în sarcina părinților, a unei *obligații de garanție* ce a fost exprimată cu mult timp înainte în doctrina franceză, fără însă a mai prelua și necesitatea existenței, în continuare, a acestei condiții speciale a comunității de locuință. Se consideră că fundamentul răspunderii părinților pentru prejudiciile cauzate de copiii lor minori l-ar constitui obligația de garanție pe care părinții o datorează terților, prin urmare condiția comunității de locuință nu mai este o condiție indispensabilă angajării răspunderii în temeiul art. 1.372 C. civ.

Sub regimul Codului civil din 1864 era suficient ca victima prejudiciului să facă dovadă laturii obiective a răspunderii civile (fapta ilicită, prejudiciu, legătura de cauzalitate) pentru ca în favoarea sa, potrivit art. 1000 alin. (2) și (5) C. civ. din 1864, să intre în funcțiune o triplă prezumție legală, care justifică juridic răspunderea părinților sau a tutorilor: prezumția că în exercitarea îndatoririlor ce le reveneau părinților față de copilul lor minor au existat abateri de natură a le angaja răspunderea; prezumția de cauzalitate între neîndeplinirea îndatoririlor părintești și comiterea de către minor a faptei prejudiciabile; prezumția culpei părinților, de obicei în forma neglijenței, în îndeplinirea ori neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor ce le aveau³³). Aceași triplă prezumție se instituia și în sarcina altor persoane, altele decât părinții sau tutorii, care aveau obligația de supraveghere a minorului sau a persoanei puse sub interdicție, și anume: prezumția că obligația de supraveghere nu a fost îndeplinită; prezumția de vinovăție a celui care avea obligația de supraveghere și nu a îndeplinit acest lucru; prezumția existenței legăturii de cauzalitate între neîndeplinirea obligației de supraveghere și săvârșirea de către minor sau persoana pusă sub interdicție a faptei prejudiciabile. Modul general al enunțării făcute de textul Codului civil din 1864 [art. 1000 alin. (5)] ducea, în mod normal, la concluzia că, așa cum s-a arătat în

autori au arătat însă că „vina părintelui trebuie luată în considerare nu ca o simplă vină în supraveghere, ci ca o vină cu un conținut mai larg, conținând atât insuficiențele manifestate în supravegherea minorului, cât și pe cele în creșterea sau numai educarea acestuia, insuficiențe care au stat la baza părăsirii de către minor a locuinței stabilite conform legii” (în acest sens, a se vedea C. Stătescu, *op. cit.*, p. 227).

³¹) D. Pohe, *op. cit.*, p. 50.

³²) M. Lazăr, *op. cit.*, p. 46-47; R. Petrescu, *op. cit.*, p. 61; G. Plastara, *op. cit.*, p. 193; Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 40/1974, în RRD nr. 11/1974, p. 76; Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 160/1973, în CD 1973, p. 172; Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 296 din 27 martie 1962, în CD 1962, p. 147; Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 160/1973, în CD 1973, p. 37.

³³) *Idem*, p. 204.

literatura de specialitate³⁴⁾, interpretarea acestuia nefiind restrictivă, ci extensivă, ar trebui lăsată la aprecierea largă a instanțelor de judecată.

Cu alte cuvinte, pentru a răsturna prezumțiile, părinții chemați să răspundă pentru faptele prejudiciabile ale copiilor lor minori ar fi fost suficient să facă dovada că și-au îndeplinit îndatoririle ce le reveneau și că, deci, nu există raport de cauzalitate între modul cum și-au exercitat îndatoririle și fapta ilicită cauzatoare de prejudicii comise de către minori³⁵⁾.

Potrivit actualului Cod civil, pentru a înlătura răspunderea prevăzută de art. 1.372, nu este necesar să se dovedească că nu s-a putut împiedica fapta prejudiciabilă, ci este necesar să se constate intervenția unei cauze străine ce a pus persoana răspunzătoare în situația de a nu putea împiedica această faptă. În măsura în care se constată intervenția unei cauze străine, persoana obligată la supraveghere este exonerată de răspunderea ce îi incumbă în sarcină. De asemenea, dacă sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de art. 1.372 C. civ., ne vom afla în prezența unei răspunderi obiective, întemeiate pe ideea de garanție obiectivă, fiind vorba de o răspundere directă, a cărei angajare nu depinde de existența vinovăției persoanei răspunzătoare și nici de o eventuală răspundere a autorului faptei prejudiciabile. Se poate afirma că, atâta vreme cât părinții sunt priviți ca garanți ai victimei pentru prejudiciile cauzate de copiii lor minori, nu se pot apăra de răspundere decât dacă fac dovada unui fapt exterior copilului, pentru care ei nu sunt ținuți să răspundă.

D. Răspundere solidară a părinților

În ipoteza săvârșirii unei fapte prejudiciabile de către minorii aflați în grijă, părinții sunt ținuți, solidar, la reparație față de cel prejudiciat. Fundamentul juridic al acestei forme de răspundere civilă este prevăzut la art. 1.382 C. civ., raportat la dispozițiile art. 503 alin. (1) C. civ.

În legătură cu acest aspect, este de reținut că, potrivit legislației actuale, nu mai este necesar ca părinții să locuiască împreună cu copilul autor al faptei prejudiciabile, întrucât răspunderea derivă legal din calitatea lor de deținători ai autorității părintești³⁶⁾, ceea ce nu implică o delimitare spațială. Se află într-o astfel

³⁴⁾ G. Marty, P. Reynaud, *op. cit.*, 1962, p. 429; R. Petrescu, *op. cit.*, p. 179.

³⁵⁾ În realitate, din nevoia de a proteja victima, tendința era aceea de a da o interpretare restrictivă dispozițiilor art. 1000 alin. (2) C. civ. din 1864, răsturnarea prezumțiilor respective depinzând de pozițiile pe care se afla practica la un moment dat, cu privire la fundamentarea răspunderii juridice a părinților. Astfel, dacă în fundamentarea acestei răspunderi se pornea numai de la culpa în supraveghere a minorului, atunci părinții puteau fi exonerati de răspundere dacă făceau dovada că au exercitat o supraveghere corespunzătoare, însă nu au putut împiedica fapta ilicită a copilului lor minor. Nu în același mod se prezentau lucrurile dacă în fundamentarea acestei răspunderi se pornea de la prezumția de culpă cu dublu conținut.

³⁶⁾ De exemplu, din jurisprudența franceză (din care s-a inspirat și legiuitorul român la adoptarea actualei reglementări) trebuie reținută situația copilului ce trăiește la bunica sa de la vârsta de un an și a crescut prin grija acesteia; 12 ani mai târziu, devenit adolescent, el provoacă un incendiu și justiția hotărăște că împrejurarea încredințării bunicii de către părinții săi, domiciliati în altă țară, dar care exercitau în continuare, în drept, autoritatea părintească, nu a făcut să înceteze coabitarea copilului cu aceștia, astfel încât va fi angajată răspunderea civilă solidară a părinților (P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *Droit civil. Obligations*, Ed. Defrenois, Paris, 2005, p. 80).

de situație părinții firești ai copilului, părinții adoptivi, părinții copilului născut în afara căsătoriei și recunoscut ulterior legal.

Părinții răspund solidar de pe poziții de egalitate pentru fapta ilicită a copilului lor minor, și, deci, părintele care a acoperit integral prejudiciul se poate întoarce cu acțiune în regres împotriva celuilalt părinte, până la jumătate din valoarea prejudiciului datorat și plătit.

Părintele sau cel obligat la supraveghere care a plătit despăgubirea pentru prejudiciul cauzat de minor sau de cel pus sub interdicție are posibilitatea de a porni o acțiune în regres împotriva minorului sau interzisului doar dacă acesta a acționat cu discernământ, acțiunea în regres fiind admisibilă dacă sunt întrunite, în sarcina minorului sau a interzisului judecătoreasc, condițiile răspunderii pentru fapta proprie (art. 1.357 C. civ.)³⁷⁾. Întrucât printre condițiile răspunderii pentru fapta proprie se află și vinovăția, părinții sau cei însărcinați cu supravegherea minorului sau a interzisului vor fi ținuți a face dovada existenței discernământului autorului prejudiciului, la momentul săvârșirii faptei³⁸⁾. În mod logic, acțiunea persoanei răspunzătoare va fi respinsă dacă minorul sau interzisul vor face dovada lipsei discernământului la momentul săvârșirii faptei prejudiciabile.

Având în vedere faptul că minorul răspunde pentru fapta proprie în baza dispozițiilor art. 1.357 C. civ., iar părinții, precum și celelalte persoane obligate prin lege, contract sau hotărâre judecătorească răspund pentru altul în baza dispozițiilor art. 1.372 C. civ., în practica instanțelor de judecată, răspunderea părinților pentru pagubele cauzate de copilul minor se va întemeia pe o obligație *in solidum*, cu toate consecințele care decurg din aceasta, în ceea ce privește regresul lor împotriva minorului, aspect statuat, de altfel, și sub imperiul vechii legislații³⁹⁾. Dispozițiile art. 1382 C. civ. referitoare la răspunderea civilă delictuală solidară trebuie raportate la situația în care prejudiciul suferit de victimă are o pluralitate de cauze, respectiv comiterea unei fapte ilicite de coautori, tăinuitori etc., prin care victima a suferit un prejudiciu și, drept urmare, fiecare are dreptul să arate care este contribuția sa efectivă la producerea daunei, în funcție de care urmează să se stabilească întinderea reparației.

E. Exonerarea de răspundere

Fiind o răspundere pentru fapta altuia, răspunderea persoanelor prevăzute de art. 1.372 C. civ. presupune, în primul rând, întrunirea în persoana minorului sau a interzisului judecătoreasc a tuturor condițiilor generale ale răspunderii pentru fapta proprie, excepție făcând vinovăția, deoarece - așa cum am arătat - indiferent de discernământul minorului, persoanele obligate la supraveghere vor fi ținute răspunzătoare de fapta acestuia. Cu toate acestea, chiar dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 1.357 C. civ., pentru a putea fi angajată răspunderea minorului

³⁷⁾ A se vedea și art. 1384 C. civ.: „Cel care răspunde pentru fapta altuia se poate întoarce împotriva aceluia care a cauzat prejudiciul, cu excepția cazului în care acesta din urmă nu este răspunzător pentru prejudiciul cauzat”.

³⁸⁾ Aceeași dovadă va trebui să fie făcută și de către victima care alege să se îndrepte, pentru repararea prejudiciului, atât împotriva persoanei responsabile, cât și împotriva minorului sau a interzisului judecătoreasc.

³⁹⁾ Trib. Suprem, plen, dec. în dr. nr. 6/1973, în CD 1973, p. 50.

sau a interzisului judecătoresc, persoanele obligate la supraveghere trebuie să facă dovada unei cauze exoneratoare de răspundere, în caz contrar, conform dispozițiilor art. 1.372 alin. (3) C. civ., vor fi ținute să răspundă integral față de victimă. Victima se află într-o poziție favorabilă în ceea ce privește obiectul probei, ea trebuind să dovedească doar existența prejudiciului, a faptei ilicite și a legăturii de cauzalitate dintre prejudiciu și fapta ilicită a minorului sau interzisului judecătoresc.

Așa cum am menționat anterior, teza finală a art. 1.372 alin. (3) C. civ., prevede: „Cel obligat la supraveghere este exonerat de răspundere numai dacă dovedește că nu a putut împiedica fapta prejudiciabilă. În cazul părinților sau, după caz, al tutorilor, dovada se consideră a fi făcută numai dacă ei probează că fapta copilului constituie urmarea unei alte cauze decât modul în care și-au îndeplinit îndatoririle decurgând din exercitiul autorității părintești”. Dacă cel obligat la supraveghere este exonerat de răspundere, victima se va îndrepta împotriva autorului faptei prejudiciabile cu acțiune întemeiată pe art. 1366 sau art. 1368 C. civ.

În vechea reglementare s-a considerat⁴⁰⁾ că, în cazul în care, din analiza împrejurărilor și condițiilor comiterii faptului prejudiciabil, ar rezulta atât lipsa de supraveghere, cât și greșita sau proasta educație a minorilor, părinții vor putea răspunde alături de profesori sau meșteșugari. După alți autori⁴¹⁾, în vechea doctrină, cele două răspunderi se exclud, institutorul având posibilitatea să se întoarcă, însă, cu acțiune în regres împotriva părinților pe temeiul dispozițiilor art. 998-999 C. civ. din 1864. S-a exprimat și opinia că, atât timp cât copilul minor se află ca ucenic sau elev sub supravegherea institutorului ori meșteșugarului, obligația de supraveghere ce-i revine acestuia absoarbe și riscurile derivând din insuficiențele de educație ori creșterea a minorului. Potrivit acestei opinii, profesorul și meșteșugarul nu au posibilitatea de a se întoarce cu acțiune în regres contra părinților minorului, ci doar în măsura în care aceștia vor reuși să se exonereze de răspundere se va reactiva răspunderea subsidiară a părinților.

Practica instanțelor de judecată a decis constant, după reasezarea fundamentului răspunderii părinților atât pe culpa în supraveghere, cât și pe culpa în greșita sau proasta educație a minorului, că cele două feluri de răspundere se pot corela⁴²⁾. Astfel, într-o decizie pronunțată sub imperiul Codului civil din 1864, referitor la cele două răspunderi, în practica judiciară s-a statuat că, „în ceea ce-i privește pe părinți, deși lor nu le este imputabilă lipsa de supraveghere, instanța de fond trebuie să examineze dacă și în ce măsură la producerea pagubei prin comiterea infracțiunii de furt, de elevul minor care a fugit dintr-o casă de copii școlari, a contribuit, alături de culpa institutorului, și o eventuală culpă a acestora, constând în deficiențele manifestate de ei în educația copilului lor minor, urmând ca, în cazul în care ar fi constatată o asemenea culpă, răspunderea părinților să fie angajată alături de aceea a institutorilor, în raport cu gradul propriei lor culpe și în solidar cu minorul⁴³⁾”.

⁴⁰⁾ I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, *op. cit.*, p. 161-162.

⁴¹⁾ C. Stătescu, *op. cit.*, p. 107-108.

⁴²⁾ Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 183/1977, în CD 1977, p. 306.

⁴³⁾ TMB, s. a II-a pen., dec. nr. 757/1991, în CPJP 1992, p. 202-203.

OBLIGAȚIILE SOLIDARE ÎN REGLEMENTAREA CODULUI CIVIL ROMÂN

*Prof. univ. dr. Ștefan SCURTU
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova*

§ Solidary obligations as regulated by the Romanian Civil Code

Abstract

In terms of the simple obligation, the legal relationship includes a creditor, a debtor and one single object; a complex obligation must contain a legal relationship with multiple objects or multiple subjects. The complex obligations with multiple subjects can be presented under the following situations: two or more creditors of the same debtor, two or more debtors of the same creditors, more creditors and more debtors. The new Civil Law Code presents three categories of obligations involving a plurality of subjects: divisible obligations, indivisible obligations and solidary obligations. The solidary obligation is the one that contains multiple subjects (creditors and/or debtors) and based on it each solidary creditor has the right to ask the debtor to fulfill the entire performance or each of the solidary debtors can be obligated to execute the entire performance owed to the same creditor.

Key words: *creditor, debtor, complex obligation, multiple subjects, solidary obligation.*

1. Aspecte preliminare

Dacă în cazul obligației simple raportul juridic cuprinde un creditor, un debitor și un singur obiect, obligația complexă presupune un raport juridic care are o pluralitate de obiecte sau o pluralitate de subiecte. Din acest motiv, obligațiile complexe sunt denumite și obligații plurale¹⁾.

Obligațiile complexe cu pluralitate de obiecte se caracterizează prin faptul că debitorul datorează două sau mai multe prestații. În funcție de modul în care

¹⁾ C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 389.

debitorul este ținut să execute prestațiile, obligațiile cu pluralitate de obiecte sunt împărțite de doctrină în obligații conjunctive, alternative și facultative²⁾.

Obligațiile complexe cu pluralitate de subiecte se pot prezenta sub următoarele ipostaze: a) doi sau mai mulți creditori ai aceluiași debitor (pluralitate activă); b) doi sau mai mulți debitori ai aceluiași creditor (pluralitate pasivă); c) mai mulți creditori și mai mulți debitori (pluralitate mixtă, activă și pasivă).

Obligațiile cu pluralitate de subiecte presupun un obiect unic, o prestație comună datorată de un debitor mai multor creditori sau de mai mulți debitori unui singur creditor. Temeiul obligațiilor cu pluralitate de subiecte poate fi contractual sau delictual.

Noul Cod civil reglementează trei categorii de obligații cu pluralitate de subiecte: obligațiile divizibile, obligațiile indivizibile și obligațiile solidare. La obligațiile cu pluralitate de subiecte obligațiile divizibile constituie regula, iar excepția de la această regulă o constituie obligațiile indivizibile și obligațiile solidare³⁾. În consecință, reglementarea legală a obligațiilor divizibile constituie dreptul comun în materia obligațiilor cu pluralitate de subiecte.

2. Obligațiile solidare

Definiție. Obligația solidară a fost definită de doctrină ca fiind acea obligație cu subiecte multiple (creditori sau/și debitori) în temeiul căreia fiecare creditor solidar are dreptul să ceară debitorului executarea întregii prestații sau fiecare dintre debitorii solidari poate fi obligat la executarea integrală a prestației datorate de toți aceluiași creditor⁴⁾.

Solidaritatea își are temeiul în acte juridice (convenția părților sau testament) ori în lege (art. 1.435 și art. 1.445 C. civ.). Dacă regula divizibilității obligațiilor este prezumată legal, excepțiile de la această regulă (indivizibilitatea și solidaritatea) trebuie dovedite⁵⁾.

Atunci când solidaritatea își are temeiul într-un act juridic, legiuitorul nu îngrădește libertatea de exprimare a părților, astfel că nu este necesară utilizarea unei formule sacramentale, prestabilite, dar intenția de solidaritate trebuie să rezulte

²⁾ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tomul VI, Tipografia Națională, Iași, 1900, p. 133-134; C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 397; I.P. Filipescu, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Actami, București, 1994, *op. cit.*, p. 234.

³⁾ C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 399. Pentru deosebiri și asemănări între obligațiile solidare și cele indivizibile, a se vedea I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 612; A. Almășan, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, art. 1-2264*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1497-1499; I. Dogaru, P. Drăghici, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 541.

⁴⁾ C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 400.

⁵⁾ Cel ce invocă solidaritatea trebuie să facă dovada izvorului acesteia: „solidaritatea este o problemă de drept supusă controlului judiciar ierarhic” (I. Turcu, *Noul Cod civil republicat. Cartea a V-a. Despre obligații (art. 1.164-1.649). Comentarii și explicații*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 566).

fără îndoială din convenția părților⁶⁾. O clauză îndoielnică face să se aplice regula divizibilității obligației, atât în cazul pluralității active, cât și în cazul celei pasive.

Clasificarea solidarității. În funcție de temeiul său, solidaritatea poate fi legală (atunci când este prevăzută expres de lege) sau convențională (atunci când este stipulată în convenția părților).

În funcție de subiectele care împiedică divizarea creanței putem distinge între solidaritatea poate fi activă (între creditori) sau pasivă (între debitori). Totuși, este posibil să existe ambele tipuri de solidaritate în cadrul aceluiași raport juridic.

Solidaritatea între creditori sau solidaritatea activă. Obligația solidară între doi sau mai mulți creditori conferă fiecărui creditor dreptul de a cere debitorului comun executarea întregii obligații, iar plata făcută unuia dintre creditori (numit *creditor accipiens*) îl liberează pe debitor față de toți ceilalți creditori solidari (art. 1434 C. civ.). Creditorul solidar care a primit întreaga prestație este obligat să o împartă cu ceilalți creditori, proporțional cu partea din creanță ce i se cuvine fiecăruia⁷⁾.

Obligația în favoarea unui creditor solidar se împarte de drept între moștenitorii săi (art. 1.442 C. civ.). Regula împărțirii prin efectul legii a obligației între moștenitori (atât între cei ai creditorului, cât și între cei ai debitorului) este consacrată de legiuitor și în cazul obligației divizibile prin natura ei (art. 1.427 C. civ.). În schimb, obligația indivizibilă se transmite ca atare moștenitorilor părților raportului de obligație.

Izvorul solidarității între creditori poate fi numai convenția părților și testamentul (legea nu reglementează nici un caz de solidaritate activă), iar sub aspect formal solidaritatea trebuie să fie stipulată în mod expres (art. 1.435 C. civ.).

Pentru a fi în prezența unei solidarități active trebuie ca actul juridic să aibă aceeași cauză, pentru că altfel suntem în prezența mai multor raporturi de obligație, chiar dacă ar exista unitate de subiecte și de obiect⁸⁾.

Solidaritatea activă se întâlnește destul de rar în practică, din cauza riscurilor la care îi expune pe creditorii solidari (reaua-credință sau insolvabilitatea creditorului care primește plata), fiindu-i preferat mandatul propriu-zis, care prezintă avantajul că este revocabil și, în principiu, nu trece la moștenitori (a se vedea art. 2.030 C. civ. coroborat cu art. 2.035 C. civ.)⁹⁾.

⁶⁾ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 159. În legătură cu modul de a stipula expres solidaritatea, în doctrină s-a afirmat că pentru a exista solidaritate între creditori nu este nevoie să se declare formal în titlu „că fiecare din creditori va putea cere plata integrală a creanței, acest drept rezultând îndeajuns din împrejurarea că s-ar fi zis în titlu că creditorii sunt solidari sau vor putea lucra unul pentru altul, unul pentru toți sau toți pentru unul” (D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 162). În același sens, a se vedea A. Almășan, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1507-1508 și p. 1519.

⁷⁾ Potrivit art. 1037 C. civ. din 1864, „Creditorul solidar, care a primit toată datoria, este ținut a împărți cu ceilalți cocreditori, afară numai de va proba că obligația este contractată numai în interesul său”.

⁸⁾ A. Almășan, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1507-1508.

⁹⁾ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 166. În același sens, a se vedea P.C. Vlachide, *op. cit.*, vol. II, 1994, p. 251; A. Almășan, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1506; I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 613.

Efectele solidarității între creditori sunt următoarele:

- a) fiecare dintre creditorii solidari are dreptul de a executa întreaga obligație și de a da chitanță liberatorie debitorului [art. 1.434 alin. (1) C. civ.];
- b) debitorul poate plăti, la alegerea sa, oricăruia dintre creditorii solidari, dacă niciunul dintre creditori nu l-a urmărit în justiție, liberându-se astfel față de toți (posibilitatea debitorului de a se libera executând obligația față de oricare dintre creditorii săi este întâlnită și la indivizibilitatea activă). Dacă însă a fost urmărit în justiție de unul dintre creditorii solidari, debitorul nu se poate libera decât plătiind creditorului reclamant (art. 1.437 C. civ.).

Prezumția de reprezentare reciprocă a creditorilor solidari. Legea instituie prezumția de reprezentare reciprocă a creditorilor solidari¹⁰⁾ (art. 1.436 C. civ.). În consecință, fiecare dintre creditorii solidari are puterea de a acționa nu numai pentru sine, ci și pentru satisfacerea interesului lor comun, adică pentru conservarea creanței.

Prezumția legală de reprezentare reciprocă a creditorilor solidari are următoarele consecințe¹¹⁾ (numite de doctrină și efecte secundare ale solidarității active): (i) hotărârea judecătorească obținută de unul dintre creditori împotriva debitorului comun profită și celorlalți creditori solidari [art. 1436 alin. (3) C. civ.], iar hotărârea judecătorească pronunțată în favoarea debitorului comun nu poate fi invocată împotriva creditorilor care nu au fost parte în proces; (ii) punerea în întârziere a debitorului de către unul dintre creditori solidari va produce efecte și în favoarea celorlalți creditori; (iii) suspendarea prescripției în folosul unuia dintre creditorii solidari poate fi invocată și de către ceilalți creditori solidari¹²⁾ [art. 1.441 alin. (1) C. civ.]; (iv) întreruperea prescripției în privința unuia dintre creditorii solidari profită tuturor creditorilor solidari [art. 1.441 alin. (2) C. civ.]. De asemenea, renunțarea debitorului la prescripție în favoarea unuia dintre creditori profită și celorlalți¹³⁾.

Limitele mandatului reciproc sunt stabilite de art. 1.436 alin. (2) C. civ., care prevede că orice acte prin care unul dintre creditorii solidari ar prejudicia în orice mod interesele celorlalți creditori sunt inopozabile acestora din urmă (de exemplu, actele prin care unul dintre creditorii solidari ar consimți la reducerea ori înlăturarea drepturilor, accesoriilor sau beneficiilor creanței)¹⁴⁾. *Per a contrario* sunt permise actele care profită

¹⁰⁾ Pentru deosebirile dintre contractul de mandat și reprezentarea mutuală a creditorilor solidari, a se vedea A. Almășan, în F.I.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1509-1510.

¹¹⁾ C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 401-402. În același sens, a se vedea I. Dogaru, P. Drăghici, *op. cit.*, 2014, p. 530.

¹²⁾ În cazul în care prescripția a fost suspendată pentru o cauză personală a unui creditor (de exemplu, pentru creditorul minor cât timp nu a fost desemnat ocrotitorul legal), efectul suspendării se restrânge numai cu privire la creditorul respectiv (C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 402).

¹³⁾ A. Almășan, în F.I.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1515.

¹⁴⁾ Niciunul dintre creditorii solidari nu poate face acte de dispoziție (novație, remitere de datorie, dare în plată etc.) cu privire la întreaga creanță, fără consimțământul celorlalți creditori solidari, pentru că asemenea acte sunt inopozabile celorlalți creditori. Efectele unui asemenea act se vor produce doar față de creditorul care le-a efectuat, iar pentru ceilalți creditori creanța rămâne solidară (C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 402). În ceea ce privește subrogația legală, aceasta operează automat, iar cea

celorlalți creditori (de pildă, daunele moratorii cerute de un creditor, acceptarea unei garanții de către un creditor ulterior încheierii contractului, stipularea de dobânzi printr-o clauză penală¹⁵⁾). În doctrină s-a spus că mandatul reciproc al creditorilor solidari, fiind dat pentru păstrarea și perpetuarea obligației, dar nu spre diminuarea ei, reprezentarea reciprocă operează doar pentru actele de conservare și pentru actele de administrare (precum întreruperea prescripției, punerea în întârziere a debitorului), nu și pentru actele de dispoziție, acestea fiind inopozabile celorlalți creditori (prin urmare, un creditor poate face o remitere de datorie doar pentru partea sa, dar față de ceilalți creditori creanța rămâne solidară)¹⁶⁾. Dacă actele de valorificare a creanței sunt efectuate de un creditor al creditorului (de exemplu, printr-o acțiune oblică), limitele stabilite de art. 1.436 C. civ. sunt aplicabile și acestuia¹⁷⁾.

Debitorul poate opune unui creditor solidar compensația care a operat în raport cu un alt creditor solidar, însă numai în proporție cu partea din creanță ce revine acestuia din urmă, fiind inopozabilă celorlalți creditori în cazul în care depășește această limită (art. 1.438 C. civ.).

Dacă unul dintre creditorii solidari dobândește și calitatea de debitor, confuziunea, fiind strict personală, stinge creanța solidară numai proporțional cu partea din creanță ce îi revine aceluși creditor. Ceilalți creditori solidari au drept de regres împotriva creditorului în persoana căruia a operat confuziunea, dar numai proporțional cu partea din creanță ce îi revine fiecăruia dintre ei din creanța comună (art. 1.439 C. civ.).

Remiterea de datorie consimțită de unul dintre creditorii solidari îl liberează pe debitor numai pentru partea din creanță ce îi revine aceluși creditor (art. 1.440 C. civ.).

Cesiunea de creanță poate fi făcută de unul dintre creditori, dar numai pentru partea care-i revine din creanță.

Solidaritatea între debitori sau solidaritatea pasivă. Obligația este solidară între debitori atunci când toți sunt obligați la aceeași prestație, astfel încât creditorul poate să ceară oricărui debitor executarea integrală a obligației, iar plata făcută de către unul dintre debitori (numit debitor *solvens*) liberează și pe ceilalți debitori față de creditor (art. 1.443 C. civ.).

Solidaritatea între debitori se întâlnește frecvent în practică, întrucât diminuează riscul creditorului în realizarea creanței sale atunci când are mai mulți debitori. Creditorul are un drept de gaj general asupra patrimoniilor tuturor debitorilor săi și dreptul de opțiune pentru executarea celui solvabil. Riscul insolvabilității unui

convențională poate opera fără acordul celorlalți creditori în condițiile de admisibilitate a plății [A. Almășan, în F.I.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1512].

¹⁵⁾ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 166; A. Almășan, în F.I.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1511.

¹⁶⁾ P.C. Vlachide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. II, Ed. Europa Nova, București, 1994, p. 251. Totuși, se susține în doctrină, poate fi conceput „un act juridic de dispoziție prin care să fie facilitată situația celorlalți creditori (de pildă, un act prin care să fie primite garanții suplimentare)” [A. Almășan, în F.I.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1509].

¹⁷⁾ A. Almășan, în F.I.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1513.

debitor solidar nu este suportat de creditor, ci de codebitorul solidar. De aceea, doctrina consideră solidaritatea între debitori ca o garanție a executării creanței creditorului¹⁸⁾.

Obligațiile solidare între debitori pot fi simple sau afectate de modalități. Mai mult, poate exista solidaritate chiar dacă debitorii sunt obligați sub modalități diferite (art. 1.444 C. civ.). Dacă modalitățile obligației solidare între debitori au caracter colectiv, sunt aplicabile regulile solidarității în raporturile dintre debitori. Dacă au caracter individual, fiind rezultatul acordului dintre creditor și unul dintre debitori, „generează excepții pur personale, valorificabile doar de către cei în cauză”¹⁹⁾.

Solidaritatea între debitori nu se prezumă. Fiind o excepție de la regula divizibilității datoriei, pentru a exista solidaritatea între debitori trebuie să fie stipulată expres de părți ori prevăzută de lege (art. 1.445 C. civ.)²⁰⁾. Așadar, izvoarele solidarității între debitori sunt voința părților (convenția sau actul juridic unilateral, precum testamentul sau angajamentul unilateral producător de asemenea efecte juridice²¹⁾) și legea.

Prezumția legală de solidaritate în cazul obligațiilor contractate în exercițiul activității unei întreprinderi. Dacă în dreptul comun regula este că solidaritatea nu se prezumă, ci trebuie prevăzută în mod expres, în cazul obligațiilor contractate în exercițiul activității unei întreprinderi, legiuitorul dispune că solidaritatea se prezumă între debitori, dacă prin lege nu se prevede altfel (art. 1.446 C. civ.)²²⁾. Din dispoziția legii putem desprinde următoarele concluzii: (i) răspunderea solidară nu se aplică dacă debitorii unei obligații nu sunt profesioniști, ci doar când creditorul „exploatează o întreprindere”; (ii) dacă doar unii dintre debitorii obligației sunt profesioniști, iar ceilalți neprofesioniști, profesioniștii vor răspunde solidar pentru întreaga prestație (dacă creditorul nu renunță la acest beneficiu prevăzut de lege în favoarea sa), iar ceilalți debitori pot fi urmăriți de creditor fiecare pentru partea care îi revine din datorie, pentru ei obligația fiind divizibilă²³⁾.

¹⁸⁾ T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 379; A. Almășan, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1517.

¹⁹⁾ A. Almășan, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1518.

²⁰⁾ În literatura juridică există opinii diverse în legătură cu posibilitatea existenței solidarității pasive ca efect al exprimării tacite a voinței părților. Dacă unii autori consideră că solidaritatea pasivă nu poate fi decât expresă, alții consideră că este posibilă exprimarea tacită a voinței, aducând ca argument faptul că în unele situații voința de a se obliga solidar este prezumată chiar de legiuitor, precum în cazul obligațiilor comerciale. O soluție de compromis oferă autorii care acceptă exprimarea tacită a voinței, dar numai „în situații speciale în care toate circumstanțele converg spre ideea unei solidarități de interese a celor obligați pasiv, cu ocazia nașterii obligației în sarcina lor” (pentru expunerea acestor opinii, a se vedea I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 616).

²¹⁾ I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 616.

²²⁾ Și în reglementarea anterioară actualului Cod civil, în relațiile dintre comercianți legea institua prezumția de solidaritate între debitori. Astfel, Codul comercial din 1887 prevedea, în art. 42, că „În obligațiunile comerciale codebitorii sunt ținute solidaricește, afară de stipulațiune contrarie. Aceeași presumpțiune există și contra fidejursorului, chiar necomerciant, care garantează o obligațiune comercială. Ea nu se aplică și la necomercianți pentru operațiuni care, încât îi privește, nu sunt fapte de comerț”.

²³⁾ În același sens, a se vedea A. Almășan, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici,

Prezumții legale de solidaritate între debitori. Codul civil instituie frecvent prezumția de solidaritate între debitori, pentru a satisface astfel interesele anumitor creditori; prezentăm mai jos câteva asemenea prezumții²⁴⁾:

- a) persoanele care au cauzat un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârșită în comun, sunt ținute solidar la reparație față de cel prejudiciat (art. 1.382 C. civ.). Referitor la raporturile dintre codebitori, după repararea prejudiciului de către unul dintre ei, legea prevede că între cei care răspund solidar, sarcina reparației se împarte proporțional cu participarea fiecăruia la cauzarea prejudiciului, iar dacă această participare nu poate fi stabilită, sarcina reparației se împarte potrivit cu intenția sau cu gravitatea culpei fiecăruia. În cazul în care nici astfel nu se poate împărți sarcina reparației, codebitorii vor contribui în mod egal la repararea prejudiciului (art. 1.383 C. civ.);
- b) dacă un prejudiciu a fost cauzat prin acțiunea simultană sau succesivă a mai multor persoane, fără să se poată individualiza autorul faptei ilicite, toate aceste persoane vor răspunde solidar față de victimă (art. 1.370 C. civ.);
- c) mandatarii care s-au obligat să lucreze împreună pentru un mandant, răspund solidar față de acesta, dacă nu există o stipulație contrară [art. 2.022 alin. (3) C. civ.];
- d) dacă mai multe persoane au dat mandat aceluiași mandatar pentru o afacere comună, fiecare dintre ele răspunde solidar față de mandatar pentru toate efectele mandatului (art. 2.028 C. civ.);
- e) dacă au fost desemnați mai mulți executori testamentari pentru aceeași succesiune, răspunderea acestora este solidară, cu excepția cazului în care testatorul le-a împărțit atribuțiile și fiecare dintre ei s-a limitat la misiunea încredințată [art. 1.082 alin. (3) C. civ.].

Efectele solidarității. Legea distinge între două categorii de efecte ale solidarității: categoria efectelor care se produc în raporturile dintre creditor și debitorii solidari și categoria efectelor care se produc în raporturile dintre debitorii solidari. În cazul raporturilor dintre creditor și debitorii solidari, Codul civil distinge între efectele principale și cele secundare, reglementându-le separat.

Efectele principale ale solidarității în raporturile dintre creditor și debitorii solidari Legiuitorul consideră că sunt principale următoarele efecte:

- a) creditorul poate cere executarea întregii obligații oricărui dintre debitorii solidari, fără ca acesta să îi poată opune beneficiul de diviziune, care l-ar obliga pe creditor să-și dividă urmărirea pentru a se îndrepta

I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1522.

²⁴⁾ Codul civil instituie prezumția de solidaritate și în alte cazuri decât cele descrise mai sus, de exemplu: art. 203, art. 205, art. 207, art. 219, art. 352, art. 364, art. 499, art. 518, art. 714, art. 827, art. 828, art. 857, art. 915, art. 1.082, art. 1.369, art. 1.370, art. 1.382, art. 1.383, art. 1.826, art. 1.832, art. 1.833, art. 1.886, art. 1.889, art. 1.892, art. 1.900, art. 1.915, art. 1.923, art. 1.944, art. 1.953, art. 2.022, art. 2.028, art. 2.061, art. 2.119, art. 2.154, art. 2.186, art. 2.296, art. 2.300, art. 2.308. Și alte acte normative instituie răspunderea solidară [de pildă, art. 3 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, potrivit căruia „Asociații în societatea în nume colectiv și asociații comanditați în societatea în comandită simplă sau în comandită pe acțiuni răspund nelimitat și solidar pentru obligațiile sociale”].

împotriva tuturor debitorilor solidari [art. 1.447 alin. (1) C. civ.]²⁵⁾. Acest efect este consecința faptului că, în cazul solidarității între debitori, fiecare debitor este considerat debitor principal și are obligația de a plăti datoria în întregime, ca și cum ar fi singurul debitor. Între creditor și fiecare dintre debitorii săi se stabilesc raporturi juridice distincte²⁶⁾, care au ca liant comun prestația unică pe care oricare debitor este ținut să o execute în întregime (datorită unicității prestației, fiecare debitor are dreptul de a invoca nu doar excepțiile personale, ci și excepțiile comune tuturor debitorilor);

- b) urmărirea pornită de creditor doar împotriva unuia dintre debitorii solidari nu îl împiedică să se îndrepte și împotriva celorlalți debitori solidari, succesiv sau simultan, dacă nu și-a putut realiza integral creanța. Astfel, dacă ar constata că debitorul contra căruia a început urmărirea nu este solvabil sau este parțial solvabil, creditorul poate urmări pe ceilalți debitori sau pe oricare dintre ei până la realizarea integrală a creanței sale.

La rândul lui, debitorul urmărit poate să ceară introducerea în cauză a celorlalți codebitori, pentru a face opozabilă hotărârea față de aceștia într-o eventuală acțiune în regres [art. 1.447 alin. (2) C. civ.]. Mai mult, ar putea suporta consecințele lipsei sale de diligență, ceilalți debitori putându-i imputa omisiunea formulării unor apărări de natură să neutralizeze pretențiile creditorului; de asemenea, debitorul urmărit poate să intervină în judecată pentru a-și apăra interesele personale sau interesele comune²⁷⁾.

De regulă, din rațiuni practice, creditorul cheamă în judecată, prin aceeași acțiune, pe toți debitorii solidari. Dacă datoria nu este exigibilă simultan pentru toți debitorii, debitorul pentru care obligația este afectată de modalități nu poate fi urmărit înainte de scadență sau de împlinirea condiției²⁸⁾;

- c) executarea obligației de către un codebitor solidar liberează pe ceilalți debitori față de creditor (art. 1.443 C. civ.);
- d) dacă, din cauza faptei creditorului, un debitor solidar este lipsit de o garanție sau de un drept pe care ar fi putut să îl valorifice prin subrogație,

²⁵⁾ De asemenea, debitorul solidar nu poate invoca nici beneficiul de discuțiune, pentru ca creditorul să urmărească mai întâi alt/alți debitori [A. Almășan, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1523], dar poate chema în garanție pe ceilalți codebitori.

²⁶⁾ Faptul că între creditor și codebitorii solidari există mai multe raporturi de obligație are următoarele consecințe juridice: obligația unuia dintre debitori poate fi anulată, fără ca această împrejurare să atragă și anularea obligațiilor celorlalți debitori; debitorii pot fi obligați sub modalități diferite (art. 1.444 C. civ.); obligația unui debitor solidar se împarte de drept între moștenitorii acestuia în caz de deces (art. 1.460 C. civ.); dacă debitorul acționează împotriva unui debitor, el nu pierde dreptul la acțiune împotriva celorlalți debitori; dacă obligația unui debitor se stinge prin confuziune sau remitere individuală de datorie sau novație, nu se sting și obligațiile celorlalți debitori (I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 617).

²⁷⁾ A. Almășan, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1524.

²⁸⁾ A. Almășan, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1523.

atunci este liberat de datorie până la concurența valorii acelor garanții sau drepturi [art. 1.448 alin. (2) C. civ.]. Această dispoziție legală care vizează excepțiile și apărările codebitorilor contra creditorului comun are ca premisă ideea că, în vederea asigurării eficienței dreptului de regres al debitorului plătitor, creditorul trebuie să-și îndeplinească toate obligațiile care-i revin pentru conservarea garanțiilor constituite în scopul executării obligației de către debitorii săi²⁹⁾;

- e) *debitorul urmărit poate să opună creditorului diferite excepții*, denumite de Codul civil mijloace de apărare ale debitorului solidar, care au ca scop amânarea sau încetarea urmăririi începute de creditor. Regula instituită de art. 1.448 alin. (1) C. civ. este că debitorul solidar poate să opună creditorului atât excepțiile care îi sunt personale, cât și pe cele care sunt comune tuturor codebitorilor, dar nu poate folosi excepții care sunt pur personale altui codebitor.

A. *Excepțiile personale ale debitorului solidar*. Excepțiile personale ale debitorului solidar pot fi invocate datorită particularității raportului unui codebitor cu creditorul comun. Ele „pot fi opuse pentru toată datoria, de debitorul în persoana căruia ele s-au născut, iar de codebitorii săi, numai pentru partea acestuia”³⁰⁾. Așadar, excepțiile personale profită în mod direct numai debitorului „în persoana căruia ele s-au născut” și doar în mod indirect celorlalți debitori solidari. Fac parte din categoria excepțiilor personale ale debitorului solidar următoarele: compensația, confuziunea și remiterea de datorie.

- a) *Compensația*. Compensația operează între creditor și un debitor solidar, dar numai în limita părții din datorie ce revine acestuia din urmă. În acest caz, ceilalți codebitori nu sunt ținuți solidar decât pentru partea rămasă din datorie după ce a operat compensația (art. 1.450 C. civ.). Așadar, în cazul în care unul dintre debitorii solidari are o creanță față de creditor, care poate fi stinsă prin compensație, oricare din debitorii solidari poate invoca compensația, fapt care are ca efect direct stingerea părții din datorie ce revine debitorului titular al creanței față de creditor, iar ca efect indirect diminuarea creanței totale pentru care ceilalți debitori solidari pot fi urmăriți.
- b) *Confuziunea*. Ca și compensația, confuziunea între creditor și un debitor solidar nu operează decât în limita părții din datorie ce revine acestuia din urmă (art. 1452 C. civ.), producând un efect indirect pentru ceilalți codebitori, care nu vor fi ținuți solidar pentru partea aceluia care reunește în persoana sa calitățile de creditor și debitor al obligației solidare.

²⁹⁾ De exemplu, dacă dreptul de regres al debitorului ar fi pierdut din cauza culpei creditorului care într-un proces cu codebitorul solidar a pierdut pentru că nu a invocat nicio apărare împotriva acestuia, codebitorul, dovedind că acel codebitor ar fi rămas obligat solidar, poate cere exonerarea sa parțială de obligație, adică pentru partea de obligație a debitorului față de care nu se mai poate exercita regresul (I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 618).

³⁰⁾ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 199.

- c) *Remiterea de datorie*. Remiterea de datorie, în cazul debitorilor solidari, poate fi făcută în favoarea tuturor codebitorilor sau doar în favoarea unuia dintre codebitori, pentru partea sa.

Legiuitorul instituie prezumția relativă că remiterea de datorie este parțială, în favoarea unui debitor desemnat de creditor [art. 1.451 alin. (1) C. civ.], iar o asemenea remitere nu-i liberează pe ceilalți debitori. Remiterea parțială de datorie nu poate fi făcută de creditor decât în mod expres.

În schimb, remiterea totală de datorie poate fi făcută atât în mod expres, cât și în mod tacit, prin predarea înscrisului constatator al creanței. Potrivit legii, dacă creditorul remite de bunăvoie unui debitor originalul înscrisului constatator al creanței, există prezumția că intenția creditorului, exprimată în mod tacit, a fost de a face o remitere totală de datorie. Dar, în funcție de forma înscrisului constatator al creanței suntem în prezența unei prezumții absolute sau relative, astfel:

i) dacă înscrisul constatator al creanței este sub semnătură privată (se subînțelege faptul că a fost întocmit un singur asemenea înscris) există prezumția absolută³¹⁾ că remiterea de datorie este totală;

ii) dacă înscrisul constatator al creanței remis de creditor debitorului este autentic, există prezumția relativă că intenția creditorului, exprimată tacit, a fost de a ierta de datorie pe toți debitorii săi. Fiind o prezumție relativă, creditorul are dreptul de a dovedi că nu a consimțit remiterea de datorie decât în privința debitorului căruia i-a remis înscrisul [art. 1.451 alin. (1) C. civ.]³²⁾.

Efectele remiterii parțiale de datorie (făcută numai în favoarea unuia dintre debitorii solidari) pot fi diferite, în funcție de intenția creditorului. Astfel, avem două ipoteze: (i) dacă remiterea parțială de datorie a fost făcută de creditor pur și simplu, fără nicio precizare, ceilalți codebitori nu sunt liberați, dar din creanța totală se va scădea partea celui iertat de datorie; (ii) dacă la data când a făcut remiterea de datorie în favoarea unuia dintre debitorii solidari, creditorul a prevăzut expres că ceilalți debitori continuă să răspundă pentru toată creanța, atunci aceștia vor putea fi urmăriți și pentru partea celui iertat de datorie, dar vor avea drept de regres împotriva debitorului beneficiar al remiterii de datorie [art. 1451 alin. (2) C. civ.].

³¹⁾ Într-o opinie, această prezumție are caracter relativ și creditorul, care are sarcina probei, pentru a o răsturna, poate face dovada că remiterea înscrisului nu a avut loc voluntar sau că intenția creditorului a fost alta (I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 619). Într-o altă opinie, prezumția are caracter absolut [A. Almășan, în F.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1531]. Ne alăturăm acestei din urmă opinii, cu argumentul că interpretarea gramaticală și logică a normei juridice duce la concluzia că exprimarea legiuitorului în acest sens este neechivocă. Astfel, conform dispozițiilor art. 1.451 alin. (1) C. civ. remiterea de datorie este totală dacă legiuitorul „declară aceasta în mod expres sau remite de bunăvoie debitorului originalul înscrisului”. Dacă acceptăm ideea că prezumția este absolută în prima ipoteză, conjuncția folosită de legiuitor ne obligă să considerăm că intenția sa a fost de a considera că prezumția are același caracter și în a doua ipoteză. Pe de altă parte, dacă legiuitorul ar fi intenționat să instituie o prezumție relativă, ar fi menționat dreptul creditorului de a dovedi contrariul, astfel cum a făcut-o în ipoteza remiterii originalului înscrisului autentic [art. 1.451 alin. (1) teza a II-a C. civ.].

³²⁾ De observat și dispozițiile art. 1503 alin. (1) C. civ., referitoare la semnificațiile remiterii înscrisului original al creanței.

B. Excepțiile comune ale codebitorilor solidari. Excepțiile comune ale codebitorilor solidari pot fi invocate de oricare dintre codebitorii solidari și le profită în mod direct tuturor. Fac parte din această categorie de mijloace de apărare: prescripția extinctivă, novația, renunțarea creditorului la solidaritate față de toți debitorii, remiterea de datorie a tuturor debitorilor solidari, nulitatea absolută a obligației (pentru motive precum obiectul ilicit sau imoral, cauză ilicită sau absentă, neîndeplinirea condiției de formă cerută pentru validitatea actului juridic), nulitatea relativă a obligației pentru o cauză care-i privește pe toți debitorii solidari (de pildă, un viciu de consimțământ), dispariția fortuită a lucrului etc.

- a) *Suspendarea și întreruperea prescripției* față de unul dintre debitorii solidari are ca efect suspendarea și întreruperea prescripției și față de ceilalți codebitori [art. 1.449 alin. (1) C. civ.]. Efectul suspendării prescripției nu era reglementat expres în Codul civil din 1864, iar soluția doctrinară era diferită de actuala reglementare, considerându-se că motivele de suspendare a prescripției față de un debitor nu produc efecte în favoarea tuturor debitorilor. În cazul întreruperii prescripției, legiuitorul nu a făcut și nu face distincție între prescripția dreptului material la acțiune și cea a dreptului la executare silită, astfel că se presupune că sunt vizate ambele aspecte. Prin urmare, nu numai acțiunea intentată împotriva unui debitor solidar întrerupe prescripția și față de ceilalți debitori solidari, ci și începerea executării față de un debitor solidar întrerupe prescripția executării silite și față de ceilalți debitori³³⁾.

Soluția legiuitorului este diferită în cazul moștenitorilor. Întreruperea prescripției față de un moștenitor al debitorului solidar nu produce efecte față de ceilalți codebitori decât pentru partea acelui moștenitor, chiar dacă este vorba despre o creanță ipotecară [art. 1.449 alin. (2) C. civ.].

- b) *Novația dintre creditor și unul dintre debitorii solidari.* Dacă creditorul este de acord, oricare dintre debitorii săi solidari se poate obliga în locul celorlalți pentru întreaga datorie, devenind astfel unic debitor și, ca efect al novației, obligația veche se stinge și ceilalți debitori sunt liberați față de creditor, rămânând obligați, fiecare pentru partea sa din datorie, față de debitorul care s-a angajat în noua obligație. O asemenea novație îi liberează pe fideiusori [art. 1.613 alin. (1) C. civ.].

Dar, atunci când creditorul a cerut acordul codebitorilor ca aceștia să fie ținuți de noua obligație, iar debitorii nu își exprimă acordul, creanța inițială subsistă, novația neputând avea loc fără acordul creditorului [art. 1.613 alin. (2) C. civ.].

- c) *Renunțarea creditorului la solidaritate.* Renunțarea creditorului la solidaritate (având ca echivalente semantice expresiile: iertare de solidaritate și remitere de solidaritate), adică la dreptul de a putea cere oricărui dintre codebitori executarea întregii obligații, poate să fie parțială sau totală.

Dacă renunțarea la solidaritate este parțială, adică este făcută doar în privința unuia sau unora dintre codebitorii solidari, nu afectează existența obligației solidare

³³⁾ A. Almășan, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1529.

în raport cu ceilalți. Debitorul iertat de solidaritate va fi răspunzător doar pentru partea ce-i revine lui din datorie. Potrivit legii, codebitorul solidar care beneficiază de renunțarea la solidaritate rămâne ținut pentru partea sa atât față de creditor, cât și față de ceilalți codebitori în cazul regresului acestora din urmă [art. 1.453 alin. (1) C. civ.]. Această dispoziție s-ar putea interpreta în sensul că renunțarea parțială la solidaritate nu produce efecte față de ceilalți codebitori nici măcar indirect, adică partea din datorie care îl privea pe debitorul cu privire la care s-a renunțat la solidaritate nu se deduce din datoria totală, ci ceilalți debitori rămân obligați în continuare pentru întreaga datorie în mod solidar. Debitorul pentru care creditorul a renunțat la solidaritate rămâne obligat față de acesta doar pentru partea sa din datorie, iar dacă ceilalți debitori plătesc integral datoria va răspunde față de ei pentru partea sa din datorie.

În cazul în care unul dintre debitorii rămași solidari devine insolubil, consecințele insolvabilității nu vor fi suportate exclusiv de debitorii rămași în solidaritate, pentru că renunțarea creditorului la solidaritate în favoarea unuia dintre debitori nu trebuie să aducă prejudicii celorlalți. Prin urmare, partea din datorie a debitorului insolubil va fi împărțită la numărul inițial de codebitori, iar creditorul va suporta, în locul debitorului iertat de solidaritate, riscul insolvabilității unuia dintre debitorii săi (art. 1.457 C. civ.)³⁴⁾.

Dacă renunțarea la solidaritate este totală, obligația solidară devine obligație divizibilă și fiecare dintre foștii codebitori va putea fi urmărit separat, doar pentru partea sa din datorie.

Renunțarea la solidaritate trebuie să fie expresă [art. 1.453 alin. (2) C. civ.], putând îmbrăca forma unui act juridic unilateral sau a unei convenții.

Renunțarea la solidaritate este tacită, fiind prezumată de legiuitor, în următoarele cazuri [art. 1.453 alin. (3) C. civ.]: (i) când creditorul, fără a-și rezerva beneficiul solidarității în raport cu debitorul solidar care a făcut plata, menționează în chitanța liberatorie că plata reprezintă partea acestuia din urmă din obligația solidară. Se subînțelege din textul legii că debitorul nu poate plăti decât integral partea care-i revine din obligația solidară. Dacă plata are ca obiect numai o parte din dobânzi, renunțarea la solidaritate nu se întinde și asupra dobânzilor neplătite ori asupra capitalului, decât dacă plata separată a dobânzilor, astfel menționată în chitanță, se face timp de 3 ani; (ii) când creditorul îl cheamă în judecată pe unul dintre debitorii solidari pentru partea acestuia, iar cererea având acest obiect este admisă.

Principiul reprezentării reciproce între codebitorii solidari. Excepțiile personale și cele comune pot fi invocate de oricare dintre debitorii solidari în temeiul principiului reprezentării reciproce între codebitorii solidari [reglementat explicit de legiuitor doar în privința solidarității active, în art. 1.436 alin. (1) C. civ. și acceptat implicit în materia solidarității pasive, prin reglementarea excepțiilor și apărărilor contra creditorului comun în art. 1.448 C. civ.³⁵⁾]. În temeiul acestui principiu, fiecare debitor solidar are mandat tacit de la ceilalți debitori pentru a săvârși acte de natură să ducă la diminuarea datoriei comune sau la stingerea ei.

³⁴⁾ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 207-208.

³⁵⁾ Potrivit art. 1056 C. civ. din 1864, codebitorul solidar reprezintă pe ceilalți codebitori în toate actele ce pot avea ca efect stingerea sau diminuarea obligației.

C. *Excepțiile pur personale ale altui codebitor.* Numite sugestiv excepții „curat personale” de art. 1047 C. civ. din 1864, datorită legăturii lor speciale cu persoana debitorului, excepțiile pur personale ale altui codebitor nu pot fi invocate decât în cadrul raportului dintre debitorul care își apără un drept propriu și creditorul său, ele neproducând efecte față de ceilalți debitori. Ele nu avantajează pe ceilalți debitori, ci le agravează situația, pentru că, liberând pe debitorul care le invocă, au ca rezultat mărirea contribuției celorlalți debitori la plata creanței. De aceea sunt privite de doctrină ca fiind o excepție de la regulile ce derivă din principiul reprezentării reciproce a debitorilor solidari.

Sunt excepții pur personale excepțiile care vizează nulitatea relativă a raportului juridic de obligație pentru vicii de consimțământ (excepție care tinde la anularea obligației asumate de debitorul al cărui consimțământ a fost viciat, dar actul juridic rămâne valid în privința celorlalți debitori³⁶⁾), cele care se referă la modalitățile (termenul, condiția) care au afectat doar obligația unui singur debitor solidar, obligația celorlalți fiind considerată simplă³⁷⁾.

Efectele secundare ale solidarității în raporturile dintre creditor și debitorii solidari. Sub denumirea de efecte secundare ale solidarității în raporturile dintre creditor și debitorii solidari legiuitorul a reglementat consecințele imposibilității executării obligației în natură și efectele hotărârii judecătorești. Aceste efecte sunt următoarele:

- a) în cazul în care executarea în natură a unei obligații devine imposibil de executat (de pildă, bunul este distrus) din cauza faptei unuia sau mai multor debitori solidari, ceilalți codebitori nu sunt liberați de obligația de a-i plăti creditorului prin echivalent, dar nu răspund de daunele-interese suplimentare care i s-ar cuveni [art. 1.454 alin. (1) teza întâi C. civ.].

Codebitori nu sunt liberați de obligația de a-i plăti creditorului prin echivalent nici în cazul în care executarea în natură a unei obligații devine imposibil de executat din cauza unui caz fortuit care a survenit după ce debitorii solidari au fost puși personal în întârziere de creditor [art. 1.454 alin. (1) teza a II-a C. civ.]. Întrucât faptul punerii în întârziere a debitorilor creează prezumția că aceștia sunt în culpă, cazul fortuit care a intervenit după punerea lor în întârziere și a făcut executarea în natură imposibilă nu-i mai exonerează de răspundere.

Creditorul nu poate cere daune-interese suplimentare (*lucrum cessans*) decât codebitorilor solidari din a căror culpă obligația a devenit imposibil de executat în natură, precum și celor care se aflau în întârziere atunci când obligația a devenit imposibil de executat [art. 1.454 alin. (2) C. civ.]³⁸⁾, ceilalți debitori solidari putând

³⁶⁾ Codebitorul urmărit de creditor pentru plată nu poate pretinde că angajamentul unui alt debitor a fost viciat, dar poate pretinde că angajamentul său a fost viciat de eroare, dol, violență sau că este anulabil, fiind dat când era incapabil a se obliga (G. Plastara, *Curs de drept civil român*, vol. IV, Ed. Cartea Românească, București, 1925, p. 713).

³⁷⁾ P. Vasilescu, *op. cit.*, 2012, p. 18. Decăderea din beneficiul termenului pentru unul dintre codebitori nu afectează termenul acordat celorlalți debitori (G. Plastara, *op. cit.*, vol. IV, 1925, p. 713).

³⁸⁾ Pentru un punct de vedere diferit, a se vedea I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 621-622. S-a spus că efectele secundare ale solidarității între debitori sunt rezultatul reprezentării reciproce a debitorilor, care au puterea de a acționa pentru gestionarea

fi obligați doar la repararea pagubei efective³⁹⁾;

- b) în privința efectelor hotărârii judecătorești legea reglementează două ipoteze (cea a hotărârii judecătorești nefavorabile și cea a hotărârii judecătorești favorabile unuia dintre codebitorii solidari) și stabilește următoarele reguli (art. 1.455 C. civ.): (i) hotărârea judecătorească pronunțată împotriva unuia dintre codebitorii solidari nu are autoritate de lucru judecat față de ceilalți codebitori; (ii) hotărârea judecătorească pronunțată în favoarea unuia dintre codebitorii solidari profită și celorlalți (cu excepția cazului în care s-a întemeiat pe o cauză ce putea fi invocată numai de acel codebitor, de exemplu, existența unui viciu de consimțământ).

Efectele solidarității în raporturile dintre debitorii solidari. Solidaritatea produce următoarele efecte în raporturile dintre debitorii solidari:

- a) dacă obligația este executată integral numai de către unul dintre debitorii solidari, debitorul respectiv dobândește un drept de regres împotriva celorlalți debitori pentru suma din datorie ce depășește partea sa. Dar, pentru că odată cu executarea obligației solidaritatea încetează, deci obligația devine divizibilă, debitorul care a executat obligația nu poate cere codebitorilor săi decât partea din datorie ce revine fiecăruia dintre ei. Pentru a-și exercita acest drept, el se subrogă în drepturile creditorului [art. 1.456 alin. (1) C. civ.]⁴⁰⁾.

Părțile ce revin codebitorilor solidari sunt determinate avându-se în vedere convenția părților, dispozițiile legii sau împrejurările în care s-a născut obligația. Dacă nu se pot determina astfel, părțile ce revin codebitorilor solidari sunt prezumate ca fiind egale [art. 1.456 alin. (2) C. civ.]. Prin excepție de la această regulă, atunci când obligația solidară este contractată în interesul exclusiv al unuia dintre codebitori sau rezultă din fapta unuia dintre ei, acesta este ținut față de ceilalți codebitori să plătească singur întreaga datorie. Ceilalți codebitori sunt considerați, în acest caz, fideiusori în raport cu debitorul în interesul sau din fapta căruia s-a născut obligația (art. 1.459 C. civ.). Așadar, în raport cu creditorul, toți debitorii au calitatea de debitori solidari, ignorându-se faptul că obligația a fost contractată în interesul exclusiv al unuia dintre ei sau rezultă din fapta unuia dintre ei și creditorul va putea urmări pe oricare dintre debitori, iar debitorul urmărit nu poate să opună

interesului lor comun, dar actele prin care un debitor ar prejudicia interesele celorlalți debitori sunt inopozabile acestora (C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Ed. Națională S. Ciornei, București, 1929, p. 693).

³⁹⁾ *Per a contrario*, dacă s-a prevăzut în convenție, toți debitorii vor plăti daune-interese, cei neculpabili având drept de regres contra celor culpabili. Dacă toți debitorii sunt culpabili vor plăti daune împreună și vor fi exonerati de răspundere dacă bunul a pierit fortuit fără ca ei să fi fost puși în întârziere [A. Almășan, în F.I.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1536, nota de subsol nr. 12].

⁴⁰⁾ Acțiunea în regres a debitorului plătitor poate fi promovată numai după executarea efectivă a obligației (nu există un drept de regres dacă obligația se stinge prin remitere de datorie sau dintr-o cauză fortuită). Acțiunea în regres promovată înainte de plata efectivă a obligației este lipsită de obiect, întrucât legea nu recunoaște debitorului solidar un drept de regres anticipat (precum în cazul fideiusorului - art. 2.312 C. civ.), chiar dacă este urmărit în justiție pentru plată [A. Almășan, în F.I.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1538].

creditorului excepțiile specifice fideiusiunii. În schimb, în raporturile dintre ei, cei ce nu au avut un interes în contractarea datoriei sau cei cărora nu li se poate imputa fapta sunt asimilați fideiusorilor și acțiunea în regres a debitorului plătit se poate exercita, pentru restituirea integrală a plății făcute creditorului, doar împotriva debitorului în favoarea căruia s-a contractat datoria ori care a săvârșit fapta păgubitoare. Dacă acesta din urmă are calitatea de *solvens*, nu are drept de regres împotriva celorlalți debitori solidari⁴¹⁾.

Debitorul plătit are drept de regres împotriva celorlalți debitori și, pentru a obține de la fiecare debitor plata părții lui din datorie, are două acțiuni pe care le poate exercita⁴²⁾: o acțiune subrogatorie ce are ca temei subrogația legală și o acțiune personală, directă.

Acțiunea ce are ca temei subrogația legală [art. 1.596 lit. c) C. civ.] dă dreptul debitorului plătit să beneficieze de eventualele garanții ale creanței respective (ipotecă, gaj, privilegii)⁴³⁾. Acțiunea subrogatorie are dezavantajul că, pentru a obține dobânzi pentru întârzierea debitorilor, trebuie să-l pună pe fiecare în întârziere⁴⁴⁾.

Acțiunea personală poate fi întemeiată pe mandat sau pe gestiunea de afaceri. În acest caz, debitorul plătit, nebeneficiind de solidaritate ori de garanții ale creanței sale, devine un simplu creditor chirografar al codebitorilor pentru care a plătit;

- b) dacă unul dintre debitori solidari este insolubil în momentul plății, riscul insolvabilității se suportă de către ceilalți codebitori, inclusiv de cel care a făcut plata, proporțional cu partea din datorie ce revine fiecăruia dintre ei [art. 1.457 alin. (1) C. civ.]⁴⁵⁾. Prin excepție de la această regulă, creditorul care renunță la solidaritate sau care consimte o remitere de datorie în favoarea unuia dintre codebitori suportă partea din datorie ce ar fi revenit acestuia [art. 1.457 alin. (2) C. civ.];
- c) față de debitorul care a plătit integral datoria și își exercită dreptul de regres împotriva debitorilor solidari, debitorul urmărit pentru partea sa din datoria plătită poate opune codebitorului solidar toate mijloacele de apărare comune pe care acesta din urmă nu le-a opus creditorului. În plus, el mai poate opune mijloacele de apărare care îi sunt personale, precum și mijloacele de apărare pur personale. Debitorul urmărit nu poate însă opune *solvens*-ului mijloacele de apărare care sunt pur personale altui codebitor (art. 1.458 C. civ.).

⁴¹⁾ C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 410.

⁴²⁾ C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 410; A. Almășan, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1539.

⁴³⁾ În doctrină s-a exprimat opinia că „garanțiile aferente plății de către debitorul solidar care a efectuat plata trebuie considerate stinse de la plata făcută de el însuși creditorului”. Prin urmare, „ar trebui să fie vorba de garanțiile oferite asupra bunurilor lor de codebitorii solidari înșiși și eventual de garanțiile oferite de terți cu privire la ceilalți codebitori solidari în manieră nominală” (I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 623).

⁴⁴⁾ A. Almășan, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1539.

⁴⁵⁾ În cazul în care sunt insolubili toți debitorii, ar trebui recunoscut dreptul creditorului de a-și divide urmărirea, în scopul realizării creanței sale [A. Almășan, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1524].

Încetarea solidarității între debitori. Solidaritatea pasivă încetează în următoarele situații:

- a) executarea integrală a obligației de unul dintre codebitori. Din acel moment obligația devine divizibilă între debitori, iar debitorul care a plătit întreaga datorie are drept de regres împotriva celorlalți, cărora le poate cere doar partea din datorie ce revine fiecăruia dintre ei (1.456 C. civ.);
- b) remiterea totală de datorie liberează pe toți codebitorii (art. 1.451 C. civ.) și odată cu stingerea obligației încetează solidaritatea între debitori;
- c) renunțarea (parțială sau totală) a creditorului la solidaritate transformă obligația solidară în obligație divizibilă parțial sau total (art. 1.453 C. civ.);
- d) decesul unui codebitor va face divizibilă obligația față de moștenitorii acestuia, întrucât solidaritatea nu se transmite moștenitorilor. Moștenitorii vor împărți între ei datoria autorului lor juridic și, în consecință, fiecare moștenitor va putea fi urmărit pentru partea din datorie ce revine autorului lui juridic, proporțional cu partea din moștenire ce i se cuvine (art. 1.460 C. civ.). Ceilalți codebitori solidari vor rămâne obligați solidar pentru întreaga datorie⁴⁶⁾. Face excepție de la regula divizibilității obligației solidare între moștenitori cazul în care obligația este indivizibilă (fie pentru că a fost stipulată în mod expres, fie pentru că obiectul obligației nu este, prin natura sa, susceptibil de divizare materială sau intelectuală)⁴⁷⁾;
- e) desființarea contractului datorită imposibilității fortuite de executare a obligațiilor care rezultă din el (art. 1.557 coroborat cu art. 1.634 C. civ.).

⁴⁶⁾ În același sens, a se vedea A. Almășan, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1544. Pentru opinia potrivit căreia, în cazul în care sunt doar doi debitori și unul decedează, partea lui din datorie se transmite moștenitorilor săi, între care se divide, iar celălalt debitor va fi ținut doar pentru partea sa din datorie, a se vedea P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 19.

⁴⁷⁾ Pentru ca decesul unui codebitor să nu facă divizibilă o obligație solidară, interesul creditorului este să se stipuleze în contract că datoria este „solidară și indivizibilă” [P. Vasilescu, *op. cit.*, 2012, p. 19; A. Almășan, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1499].

CONSIDERAȚII PRIVIND EFECTELE DECIZIILOR CURȚII CONSTITUȚIONALE, DIN PERSPECTIVA SOLUȚIILOR PRONUNȚATE DUPĂ INTRAREA ÎN VIGOARE A NOULUI COD PENAL ȘI A CODULUI DE PROCEDURĂ PENALĂ*

*Lector univ. dr. Monica BUZEA***

*Cercetător postdoctoral, Universitatea A.I. Cuza Iași
Facultatea de Științe Juridice Sociale și Politice,
Universitatea Dunărea de Jos Galați
Procuror-șef secție judiciară,
 Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Galați*

§ Considerations on the effects of Constitutional Court decisions in terms of solutions passed after the entry into force of the new Criminal Code and Criminal Procedure Code

Abstract:

Changes to criminal law and criminal procedure and referral led Romanian Constitutional Court, the unconstitutionality, to perform testing. Establish consequences tying effect of Constitutional Court decisions generally applicable for the future is inseparable from the distinction between decisions admission and rejection of the simple and intermediate consequence initial suspension within 45 days and in particular the obligation of Parliament or the Government to intervene to put the settlement agreement with the Constitutional Court and the difficulties arising from its failure.

Key words: *exceptions of unconstitutionality, Constitutional Court, criminal legislation, decisions, effects.*

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

** E-mail: monicabuzea@yahoo.com.

1. Introducere

Intrarea în vigoare a noului Cod penal și a noului Cod de procedură penală a generat sesizarea Curții Constituționale cu excepții de neconstituționalitate legate de noile prevederi legale. Aplicabilitatea practică a soluțiilor astfel pronunțate este indisolubil legată de cunoașterea criteriilor de identificare a categoriilor din care fac parte deciziile pronunțate și de stabilirea concretă a efectelor pe care acestea le pot genera.

2. Categoriile de decizii pronunțate în ceea ce privește soluționarea excepțiilor de neconstituționalitate în practica Curții Constituționale

În conținutul său Constituția României, în cuprinsul art. 147, face trimitere la consecințele deciziilor pronunțate cu ocazia soluționării excepțiilor de neconstituționalitate, atât cel imediat, cât și cel definitiv, fără a include mențiuni legate de o eventuală clasificare a acestora. De altfel, o tipologizare a deciziilor nu ar fi fost nici posibilă, nici oportună¹⁾.

Realizarea unei diagnoze a doctrinei în materie constituțională atestă mai multe criterii de clasificare, principalul dintre ele având în vedere „conduita concretă a Curții Constituționale”²⁾, „activitatea ei creatoare de drept”³⁾. Acesta determină împărțirea deciziilor în două categorii: deciziile simple sau extreme, prin care se constată constituționalitatea sau neconstituționalitatea, care „lasă în afară de lumea ipotezelor, spațiile intermediare”⁴⁾ și deciziile intermediare, prin care se constată constituționalitatea sau neconstituționalitatea, cu anumite rezerve, „flexibile prin excelență, ...susceptibile de ascuțite controverse”⁵⁾.

În ceea ce privește deciziile simple, în funcție de întinderea sancțiunii, acestea pot fi de neconformitate totală sau de neconformitate parțială⁶⁾.

Jurisprudența Curții Constituționale, după intrarea în vigoare a noilor coduri, a inclus, în mod evident, astfel de decizii de constatare pozitivă a constituționalității, dispunând respingerea ca neîntemeiată a excepției și constatarea constituționalității în raport cu criticile formulate, și a unor decizii negative, de constatare a

¹⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat* -, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 897.

²⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat* -, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 897; B. Selejan-Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 219-220.

³⁾ G. Gîrleșteanu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 405.

⁴⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat* -, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 897.

⁵⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat* -, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 899.

⁶⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat* -, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 897.

neconstituționalității, prin includerea în dispozitiv a mențiunii: „constată că aceste dispoziții sunt neconstituționale”⁷⁾.

Referitor la deciziile intermediare au fost identificate mai multe criterii de clasificare, în funcție de care s-a considerat că acestea pot fi: decizii interpretative, prin care nu se declară neconstituționalitatea, ci doar se atribuie normei o interpretare conformă cu Constituția, decizii manipulative, care transformă semnificația legii (de admitere sau de respingere parțială, cantitativă sau calitativă), aditive, sancționând omisiunea legiuitorului, apelative, care indică legiuitorului ce trebuie să facă, în sensul modificării sau abrogării reglementării, substitutive, cu indicarea normei care ar trebui să se aplice pentru ca reglementarea să devină constituțională, constructive, care conțin principii ce ar trebui să fie aplicate pentru ca reglementarea să fie conformă, decizii complement, cu identificarea în Constituție a unor prevederi care să completeze legea pentru a deveni constituțională, decizii integrative, cu extinderea unor reglementări la situații neavute în vedere⁸⁾.

Având în vedere aceeași clasificare, în cadrul deciziilor intermediare au fost identificate⁹⁾: deciziile de neconstituționalitate parțială, cu efecte indisolubile asupra efectelor, în funcție de aprecierea asupra actului normativ în ansamblul său, și decizii de neconstituționalitate sub rezerva unei interpretări, incluzând la rândul lor decizii de conformitate sub rezerva unei interpretări constructive sau aditive, deciziile de constituționalitate sub rezerva unei interpretări neutralizante, de interzicere a unei anumite interpretări, sau deciziile de interpretare directive, care obligă organele abilitate să execute legea într-un anumit fel. A fost identificată și categoria deciziilor de apel la legiuitor, de invitare a acestuia, uneori cu fixarea unui termen, să modifice legea, având în vedere în controlul *a posteriori* suspendarea de drept a legii sau ordonanței, cu acordarea unui termen de 45 de zile pentru a se interveni legislativ, cu consecința încetării efectelor în caz de inactivitate.

În acest context, utilizând același criteriu, într-o altă variantă, deciziile au fost împărțite în: decizii simple, la rândul lor pozitive sau negative, decizii interpretative, la rândul lor interpretative restrictive, cu reducerea capacității normative a textului (anihilante cu privire la conținutul legii, fără anularea textului acesteia, sau neutralizante pozitive, cu extragerea interpretării conforme și excluderea celorlalte interpretări, și neutralizante negative, cu extragerea normelor neconforme și declararea lor ca neconstituționale, celelalte continuând să producă efecte), interpretative constructive, prin adăugarea la textul legii, în vederea realizării acordului de constituționalitate (aditive, prin care se adaugă ceea ce lipsește textului pentru a asigura conformitatea, și substitutive, cu extragerea normei contrare și introducerea unei norme conforme), deciziile interpretative directive, care se adresează autorităților care au competența

⁷⁾ Cele două soluții au fost incluse chiar în cuprinsul aceleași decizii, respectiv nr. 641 din 11 noiembrie 2015 2014, publicată în Monitorul Oficial nr. 887 din 5 decembrie 2014, de admitere cu privire la prevederile art. 344 alin. (4), art. 347 alin. (3) raportate la art. 344 alin. (4), art. 345 alin. (1), art. 346 alin. (1) C. pr. pen. și de respingere cu privire la prevederile art. 345 alin. (2) și (3), art. 347 alin. (1) și (2) C. pr. pen.

⁸⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat* -, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 899-904.

⁹⁾ D.C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 716-717.

de aplicare a legilor, nu necesită intervenția legiuitorului și asigură conformitatea, cu indicarea principiului ce trebuie urmat de destinatari, și decizii hibride, ce includ elemente specifice mai multora dintre deciziile menționate¹⁰⁾.

Alte criterii utilizate identifică conținutul dispozitivului, după care deciziile pot fi de respingere și de admitere a excepției invocate¹¹⁾, sau criteriul procedural, după care pot fi clasificate în decizii de inadmisibilitate și decizii asupra fondului¹²⁾.

Problema deciziilor interpretative a generat numeroase discuții în doctrină, care au evoluat în funcție și de modificările aduse Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale. Astfel, dacă inițial art. 2 alin. (3) stabilea că: „În exercitarea controlului, Curtea Constituțională se pronunță numai asupra problemei de drept, fără a putea modifica sau completa prevederea legală supusă controlului. De asemenea, Curtea Constituțională nu se poate pronunța asupra modului de interpretare și de aplicare a legii, ci numai asupra înțelesului său contrar Constituției”, ulterior, prin Legea nr. 232/2004¹³⁾, art. 2 alin. (3) din Legea nr. 47/1992 a prevăzut: „Curtea Constituțională se pronunță numai asupra constituționalității actelor cu privire la care a fost sesizată, fără a putea modifica sau completa prevederile supuse controlului”.

Și în acest context legislativ, opiniile doctrinare au continuat să fie neunitare, subliniindu-se importanța respectării obligației de abținere a Curții Constituționale în ceea ce privește modificarea sau completarea actelor normative supuse controlului¹⁴⁾, fiind precizate cele trei criterii ce trebuie verificate pentru a putea valida o astfel de decizie: interpretarea să fie indiscutabil necesară, interpretarea să nu ignore sau să altereze intenția legiuitorului, interpretarea să nu ducă la rescrierea textului¹⁵⁾.

Au fost evidențiate și două concepte ce trebuie avute în vedere în abordarea acestui tip de decizii: funcția de interpretare a judecătorului constituțional, exercitată din perspectiva atât a Constituției, cât și a legii, pentru stabilirea raportului de constituționalitate, sub aspectul procedurilor constituționale, cât și a conținutului legii și asigurarea securității juridice, fiind preferabilă o decizie de interpretare față de una simplă, cu asigurarea producerii de efecte în continuare¹⁶⁾.

Din examinarea jurisprudenței Curții Constituționale, după intrarea în vigoare a noilor coduri, rezultă că au fost pronunțate decizii interpretative restrictive, neutralizante pozitive sau negative, cum ar fi aceea legată de dispozițiile art. 5 din Codul penal, în considerarea faptului că acestea sunt constituționale, în măsura în

¹⁰⁾ D. Cimpoeu, *Acte jurisdicționale ale Curții Constituționale*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 76-112.

¹¹⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat* -, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 897.

¹²⁾ B. Selejan-Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 226.

¹³⁾ Publicată în M. Of. nr. 502 din 3 iunie 2004.

¹⁴⁾ G. Gîrleşteanu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 408.

¹⁵⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat* -, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 900.

¹⁶⁾ D. Cimpoeu, *Acte jurisdicționale ale Curții Constituționale*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 57-75.

care nu permit combinarea prevederilor din legi succesive¹⁷⁾, aceea privind dispozițiile art. 159 alin. (3) care sunt constituționale numai în măsura în care se aplică tuturor inculpaților trimiși în judecată înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal și pentru care la acea dată momentul citirii actului de sesizare fusese depășit¹⁸⁾ sau aceea privind dispozițiile art. 112¹ alin. (2) lit. a) C. pen., în sensul că acestea sunt constituționale în măsura în care confiscarea extinsă nu se aplică asupra bunurilor dobândite înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 63/2012 pentru modificarea și completarea Codului penal al României și a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal¹⁹⁾.

3. Efectele deciziilor Curții Constituționale pronunțate în cadrul controlului de constituționalitate *a posteriori*

În conformitate cu prevederile Constituției, respectiv ale art. 147, deciziile prin care se constată neconstituționalitatea legilor și ordonanțelor, precum și cele prin care Curtea Constituțională se pronunță cu privire la tratate și alte acorduri internaționale, au efect juridic general obligatoriu. Consecința este aceea a instituirii unei obligații a Parlamentului sau Guvernului de a interveni pentru a pune de acord prevederile legale cu cele constituționale, cu suspendarea de drept a acestora, urmând ca după expirarea termenului de 45 de zile de la publicarea deciziei în Monitorul Oficial al României, aceasta să își înceteze efectele.

Aceste dispoziții trebuie completate, în ceea ce privește excepțiile de neconstituționalitate, cu cele ale art. 31 alin. (1) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, care menționează că decizia prin care se constată neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță în vigoare este definitivă și obligatorie.

Astfel, efectul deciziilor Curții Constituționale nu este unul direct, de eliminare normelor declarate neconstituționale, ci, inițial, de declanșare a procedurii, prin prevederea unei modalități de punere în acord a acestora cu dispozițiile constituționale²⁰⁾.

În ceea ce privește deciziile de interpretare, în mod constant, în jurisprudența sa, Curtea Constituțională a hotărât că, indiferent de interpretările care se pot aduce unui text, atunci când s-a stabilit că numai o anumită interpretare este conformă cu Constituția, menținându-se astfel prezumția de constituționalitate a textului, în această interpretare, atât instanțele judecătorești, inclusiv Înalta Curte de Casație și Justiție, cât și organele administrative trebuie să se conformeze deciziei și să o aplice ca atare²¹⁾.

Realizând distincția între deciziile de admitere a excepției și cele de respingere, s-a remarcat faptul că ultimele au efect *inter partes*, între părțile din procesul în care a fost

¹⁷⁾ Decizia nr. 265 din 06.05.2014, publicată în M. Of. nr. 372 din 20 mai 2014.

¹⁸⁾ Decizia nr. 508 din 07.10.2014, publicată în M. Of. nr. 843 din 19 noiembrie 2014.

¹⁹⁾ Decizia nr. 11 din 15.01.2015, publicată în M. Of. nr. 102 din 9 februarie 2015.

²⁰⁾ D.C. Dănișor, *Libertatea în capcană. Aporii ale justiției constituționale*, Ed. Universul Juridic, Ed. Universitaria Craiova, 2014, p. 185.

²¹⁾ Decizia nr. 265 din 06.05.2014, publicată în M. Of. nr. 372 din 20 mai 2015, cu trimitere și la jurisprudența anterioară.

invocată excepția și pentru instanța respectivă, în timp ce cele de admitere se răsfrâng și asupra celorlalte instanțe judecătorești și autorități, subiecte de drept interesate²²⁾.

Raportat la efectele produse de admiterea excepțiilor de neconstituționalitate, se constată caracterul distinctiv al considerentelor deciziei nr. 712 din 4 decembrie 2014, care fără a întruni, în mod absolut, condițiile unei decizii apel, precizează că remedierea deficienței de reglementare constatate până la data publicării ei în Monitorul Oficial al României determină înlăturarea viciului de neconstituționalitate și menținerea în fondul activ a dispozițiilor art. 211-217 din Codul de procedură penală, împreună cu corectivele cuprinse în decizie²³⁾. În acest sens, prin Ordonanța de urgență nr. 84/2014²⁴⁾, având în vedere necesitatea adaptării urgente a legislației și pentru a preveni o eventuală afectare a proceselor penale în curs, s-a realizat modificarea textelor declarate neconstituționale, cu precizări exprese privind menținerea măsurii controlului judiciar și a controlului judiciar sub cauțiune, aflate în curs de executare.

În jurisprudența Curții Constituționale s-a stabilit cu valoare de principiu că forța obligatorie a deciziilor este configurată nu numai de dispozitiv, ci și de considerentele pe care se sprijină acesta²⁵⁾. Din această perspectivă, s-a susținut și opinia conform căreia trebuie analizată și distincția realizată între interpretarea dată prin dispozitiv, prin trimiterea pe care dispozitivul o face la considerente sau prin considerente, apreciindu-se că doar primele două ar fi scutite de reproșuri²⁶⁾.

Din această perspectivă, prin dispozitivul deciziei Curții Constituționale nr. 508 din 7 octombrie 2014 s-a prevăzut că dispozițiile art. 159 alin. (3) C. pen. sunt constituționale numai în măsura în care se aplică tuturor inculpaților trimiși în judecată înaintea intrării în vigoare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal și pentru care la acea dată momentul citirii actului de sesizare fusese depășit²⁷⁾. Însă, în considerentele acestei decizii se fixează și un termen până la care poate interveni împăcarea, respectiv primul stabilit ulterior publicării acestei decizii²⁸⁾, ceea ce poate determina discuții sub aspectul previzibilității.

Sesizată ca sensibilitate a controlului *a posteriori*, declararea neconstituționalității legii atunci când ea a produs deja efecte, cu efecte pentru viitor, a determinat o preponderență a soluțiilor interpretative, generând însă discuții la nivelul securității raporturilor juridice sau al protecției drepturilor²⁹⁾.

Din această perspectivă, una dintre soluțiile recente ale Curții Constituționale, respectiv Decizia nr. 732 din 16 decembrie 2014³⁰⁾, referitoare la excepția de

²²⁾ B. Selejan-Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 249-250.

²³⁾ Decizia nr. 712 din 04.12.2014, publicată în M. Of. nr. 33 din 15 ianuarie 2014.

²⁴⁾ Publicată în M. Of. nr. 911 din 15 ianuarie 2014.

²⁵⁾ Decizia nr. 265 din 06.05.2014, publicată în M. Of. nr. 372 din 20 mai 2014.

²⁶⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 900-901.

²⁷⁾ Decizia nr. 508 din 07.10.2014, publicată în M. Of. nr. 843 din 19 noiembrie 2014.

²⁸⁾ Decizia nr. 508 din 07.10.2014, publicată în M. Of. nr. 843 din 19 noiembrie 2014.

²⁹⁾ D.C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 706-707.

³⁰⁾ Publicată în M. Of. nr. 69 din 27 ianuarie 2015.

neconstituționalitate a prevederilor art. 336 alin. (1) C. pen., în sensul că sintagma „la momentul prelevării probelor biologice” din cuprinsul acestui articol este neconstituțională, va genera opinii contradictorii, în măsura în care legiuitorul nu va interveni în termenul de 45 de zile, întrucât este necesară examinarea aspectului conform căruia pronunțarea asupra neconstituționalității nu trebuie să echivaleze cu modificarea textului normativ controlat.

Dacă în jurisprudența anterioară a Curții Constituționale a fost semnalată inconsecvența în ceea ce privește controlarea preciziei și clarității normelor, în context și cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului³¹⁾, după intrarea în vigoare a noilor coduri, impactul produs a determinat și pronunțarea unor soluții de acest gen. Astfel, prin decizia sus-menționată s-a apreciat că modalitatea de incriminare prin acordarea relevanței penale valorii alcoolemiei din momentul prelevării probelor biologice nu permite destinatarilor normei să prevadă consecințele nerespectării acesteia, fiind afectată calitatea actului normativ, cu analiza principiilor generale în funcție de care aceasta este stabilită, a previzibilității și accesibilității.

În contextul normativ analizat, al practicii neunitare pe care modificările legislative au generat-o la nivelul instanțelor de judecată, remarcăm și opinia exprimată în ceea ce privește posibilitatea aplicării directe a dispozițiilor constituționale, în sensul că instanțele de judecată ar putea constata că „o manifestare de voință care nu respectă formele constituționale, nu a introdus valid o normă în sistem”³²⁾ și din perspectiva drepturilor și libertăților fundamentale, care este de natură a genera o abordare viitoare aprofundată.

4. Concluzii

Prezentarea acestor aspecte configurează perspectiva generală asupra deciziilor pronunțate de Curtea Constituțională cu ocazia soluționării excepțiilor de neconstituționalitate, după intrarea în vigoare a noului Cod penal și a noului Cod de procedură penală, nu lipsite de discuții contradictorii, plecând de la tipologia generală, și oferă premisa unei examinări detaliate a acestor soluții, în vederea stabilirii efectelor pe care acestea le vor genera.

³¹⁾ D.C. Dănișor, *Libertatea în capcană. Aporii ale justiției constituționale*, Ed. Universul Juridic, Ed. Universitaria Craiova, 2014, p. 94-95.

³²⁾ D.C. Dănișor, *Libertatea în capcană. Aporii ale justiției constituționale*, Ed. Universul Juridic, Ed. Universitaria Craiova, 2014, p. 152, 173-183.

PARTICULARITĂȚI ÎN PROCESUL DE CREARE A NORMELOR DE DREPT INTERNAȚIONAL

*Conf. univ. dr. Natalia CHIRTOACĂ**
Cercetător științific,
Institutul de Cercetări Juridice și Politice al AȘM

§ Particularities in the process of creating norms of international law

Abstract

International law is a consensual law, consisting of a set of legal rules that are created and supported by states that are obliged to follow them in their mutual relations. Despite the importance vested in the state in the process of creation of international norms, today there is another variety of subjects that is involved in this process and these subjects defend their own position, independently evaluating objective reality. Therefore, a new ways of creation of legal norms starts to be identifying, initial discussions being focused on finding of compromises and mutual beneficial concessions.

Innovations in the process of creation of international norms are characterized by foundation of legal framework, by institutionalization of the process of creation of norms, by change of procedures of creation of conventional and customary norms, by the development of process of codification as well as the influence of this process by non-legal norms, acts of international organizations etc.

Key words: *international law, volition, international norms, the process of creation of international standards norms, international relations.*

1. Introducere

În sistemul valorilor comunității internaționale, dreptul internațional se afirmă ca fiind un instrument necesar de susținere a ordinii în contextul relațiilor internaționale. El este un factor de asigurare a dezvoltării universale cu luarea în considerare a intereselor internaționale.

După cum susțin cercetătorii Charlotte Ku și Paul F. Diehl, dreptul internațional are un caracter dual: oferă un sistem de operare și un sistem normativ pentru

* E-mail: natalia.chirtoaca@gmail.com.

relațiile internaționale¹⁾. Conceptualizarea dreptului internațional ca un sistem de operare ar presupune, în sens larg, modalitățile de stabilire a procedurilor generale și a instituțiilor pentru desfășurarea relațiilor internaționale. În calitate de sistem de operare, dreptul internațional asigură cadrul pentru stabilirea regulilor și normelor, descrie parametrii de interacțiune și oferă proceduri și forumuri pentru soluționarea disputelor dintre cei care iau parte la aceste interacțiuni.

În contrast, dreptul internațional, ca un sistem normativ, prevede direcția pentru relațiile internaționale prin identificarea valorilor și obiectivelor de fond care trebuie urmărite. Dacă sistemul de operare desemnează „structurile” (în sens larg) care ajută la canalizarea politicii internaționale, atunci elementul normativ oferă formă aspirațiilor și valorilor participanților sistemului. Ca un sistem normativ, legea este un produs al structurilor și proceselor care alcătuiesc sistemul de operare. Sistemul de operare este bazat pe consensul statului exprimat printr-o practică larg răspândită în timp; sistemul normativ trebuie să construiască o bază de sprijin pentru fiecare în începuturile sale²⁾.

La nivel internațional, în legătură cu dezvoltarea progresivă și codificarea continuă din ultimii ani, au intervenit schimbări în procesul de creare a normelor internaționale, care, deși se sprijină pe experiența acumulată, totuși, în condițiile intensificării dezvoltării istorice, o atenție tot mai mare trebuie acordată viitorului, ceea ce înseamnă că succesul codificării depinde, în mare măsură, de determinarea tendințelor de dezvoltare a dreptului internațional³⁾.

2. Crearea normelor juridice internaționale

Crearea normelor internaționale în calitate de proces de creare (coordonare) a conținutului normelor de drept internațional și de aplicare a lor⁴⁾ reprezintă veriga decizională primară și fundamentală a reglementării juridice internaționale. De crearea normelor internaționale, în special la etapa de identificare a necesității reglementării legale, de determinarea naturii și conținutului acesteia depinde într-o mare măsură calitatea normei juridice, valabilitatea și conformarea normei cu obiectivele sociale de bază, gradul de impact al acesteia asupra comportamentului subiectelor reglementării juridice și, prin urmare, eficiența normei juridice.

Procesul de creare a normelor internaționale se deosebește de legiferarea în domeniul intern prin complexitate și specificitate sporită, din cauza lipsei unui organ legislativ unic. Nu există o constituție unică ce ar reglementa procesul de creare a normelor. De aceea însăși subiectele dreptului internațional, după propria lor dorință, determină metodele de creare a normelor de drept, ceea ce facilitează adaptarea acestor metode la condițiile schimbătoare ale vieții internaționale. Ca

¹⁾ Ch. Ku, P.F. Diehl, *International Law: Classic and Contemporary Readings*, Second Edition, USA, 2003, p. 3.

²⁾ Ch. Ku, P.F. Diehl, *op. cit.*, p. 3.

³⁾ И.И. Лукашук, *Кодификация и прогрессивное развитие международного права в XXI веке*, Москва, РЕМН, 2000, p. 9.

⁴⁾ Е.Т.Усенко, *Теоретические проблемы соотношения международного и внутреннего государственного права*. Советский ежегодник международного права, 1977, Москва, Наука, 1979, p. 66.

urmare a lipsei unui organ suprastatal, unicul mijloc de creare a normelor de drept internațional este acordul subiectelor. Juristul R. Patak remarcă faptul că „acordul dintre state formează baza temeinică a sistemului juridic internațional”⁵⁾.

Astfel, apreciem că dreptul internațional este un drept consensual, fiind alcătuit dintr-un ansamblu de norme juridice create și acceptate de state, care se obligă să le respecte în relațiile dintre ele, însă și alți participanți la relațiile internaționale își pot asuma asemenea obligații, și aici ne referim la organizațiile internaționale interguvernamentale sau popoarele sau națiunile care luptă pentru independență. Comparativ cu dreptul intern, în doctrină se vorbește despre o „descentralizare normativă” sau caracterul de sistem de drept imperfect sau incomplet pentru ordinea juridică internațională⁶⁾. Deși în viața internațională nu există un organ suprem, deasupra statelor, care să stabilească reguli obligatorii cărora statele și cetățenii acestora să li se supună, raporturile dintre state sunt raporturi de coordonare, și nu de subordonare. Prin urmare, reliefăm că doar statul care și-a asumat obligații internaționale prin exprimarea în mod liber a voinței sale poate să răspundă pentru nerespectarea angajamentelor sale internaționale.

În deplină concordanță cu acest aspect, apare elementul de voluntarism în dreptul internațional contemporan, întrucât normele acestei ramuri de drept sunt fixate prin acordul subiectelor de drept internațional (în special al statelor) în condițiile existenței unei multitudini de ordini juridice⁷⁾. Conchidem că procesul de elaborare și aplicare a normelor dreptului internațional reprezintă practic o coordonare a voinței entităților statale, iar rezultatul este concretizarea normei cutumiare sau convenționale care să reglementeze relațiile internaționale dintre ele.

În lipsa unor autorități publice cu atribuții legislative, administrative și judecătorești suprastatale, prin intermediul cărora să se adopte norme juridice și să se impună respectarea lor, forța obligatorie a dreptului internațional se întemeiază pe acordul de voință al statelor. Realizarea acordului de voință al statelor asupra diverselor norme de drept internațional reprezintă un proces complex, sinuos, care presupune exercitarea unor presiuni asupra unor state sau blocaje în negocieri. Identificarea factorilor care contribuie la conturarea acordului de voință al statelor în procesul de formare a dreptului internațional înseamnă și coroborarea cu alte ramuri ale științei, cum ar fi teoria relațiilor internaționale, filozofia dreptului sau sociologia relațiilor internaționale.

Deducem că în analiza formării unei norme de drept trebuie să avem în vedere cadrul social-politic, împrejurările istorice, interesele specifice, rolul concepțiilor filozofice sau politice, relația dintre dreptul internațional și politica internațională⁸⁾ prin prisma interesului național al statelor și raportului de putere dintre acestea. Între dreptul internațional și politica internațională există o legătură strânsă, întrucât statele utilizează ansamblul tehnicilor și procedurilor dreptului internațional pentru concretizarea în reguli cu forță juridică obligatorie a voinței și intereselor lor. Putem afirma că dreptul internațional apare ca un instrument al politicii internaționale, subordonat acesteia.

⁵⁾ И.И. Лукашук, *Международное право (особенная часть)*, Москва, БЕК, 1998, p. 80.

⁶⁾ D. Carreau, *Droit international*, Ed. Pedone, Paris, 2004, p. 35.

⁷⁾ V. Duculescu, *Drept internațional public*, Ed. Hyperion, București, 1993, p. 33.

⁸⁾ P.M. Dupuy, *Droit international public*, Ed. Dalloz, Paris, 1992, p. 135.

În procesul de elaborare a normelor de drept internațional, de stabilire a unor reglementări care să reflecte conduita lor, statele mai puternice au încercat mereu să direcționeze acest proces în favoarea lor. Observăm, că până la începutul secolului XX normele de drept internațional exprimau, în general, interesele statelor dominante în relațiile internaționale, reliefând raporturile de putere față de statele mai slabe și primatul politicii internaționale asupra dreptului internațional⁹⁾. Odată cu dezvoltarea societății internaționale și, drept consecință, sporirea interdependențelor dintre state, remarcăm multiplicarea valorilor și intereselor comune între membrii comunității internaționale. Promovarea și punerea în practică a acestora nu se putea realiza decât prin intermediul unor reguli concrete de drept care să fie acceptate, aplicate și respectate de către toate statele comunității internaționale, pe cât posibil. În practică statele nu trebuie, și adesea nici nu pot, să-și exprime consimțământul expres pentru fiecare regulă de drept internațional, natura consensuală a dreptului internațional având în vedere și consimțământul statelor membre ale societății internaționale la un moment dat asupra ansamblului de reguli care formează dreptul internațional al acestei perioade (de exemplu, situația noilor state care apar în societatea internațională). În acest caz, însă, statele individuale pot formula, în anumite limite, rezerve la unele norme de drept internațional, dacă acestea nu fac parte din ceea ce se numește *jus cogens*, norme imperative de la a căror acceptare și aplicare nu se poate deroga, sau dacă anumite norme concrete sunt, în mod evident, inacceptabile pentru ele.

Cu toată importanța pe care o au statele, astăzi în procesul creării normelor internaționale sunt implicate o multitudine de alte subiecte, care își apără propria poziție, evaluând în mod independent realitatea obiectivă. Prin urmare, încep deja să se identifice modalități noi de creare a normelor juridice, discuțiile inițiale fiind conjugate cu căutarea compromisurilor și concesiunilor reciproc avantajoase. Participarea subiectului de drept internațional în procesul de creare a normelor internaționale, adică afirmarea personalității sale juridice, este unul dintre indicii statutului juridic al acestuia. Desigur, gradul participării fiecărui subiect la crearea dreptului nu este același. Dreptul internațional este un drept interstatal, de aceea, rolul de bază în procesul de creare a lui îl joacă statele care pot beneficia de toate drepturile și își pot asuma obligațiile prevăzute de dreptul internațional. Acestora le aparține deplinătatea drepturilor, inclusiv dreptul de a crea și modifica normele dreptului internațional¹⁰⁾.

Normele dreptului internațional sunt create atât în cadrul relațiilor internaționale directe (negocierilor la diferite niveluri), cât și în cadrul relațiilor mediate de către organizațiile internaționale interguvernamentale. În condițiile existenței statelor suverane, domină relațiile internaționale interstatale directe - bilaterale și multilaterale. Totuși, în anii postbelici s-a intensificat tendința de întreținere a relațiilor internaționale prin intermediul organizațiilor internaționale, care, în cadrul competenței lor, oferă asistență statelor în formarea normelor noi de drept internațional. De regulă, organizația internațională este mai bine orientată

⁹⁾ P.M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, Ed. Dalloz-Sirey, Paris, 2012, p. 308.

¹⁰⁾ Н.Б. Крылов, *Правотворческая деятельность международных организаций*, Москва, Наука, 1998, p. 24-25.

în ce privește necesitatea elaborării unei sau altei convenții, fapt care, în opinia cercetătorului V. Moravețchi, este rezultatul studierii permanente a situației din sfera de competență a acesteia¹¹⁾.

Consultările dintre statele membre în cadrul organizației permit o mai bună studiere a sferei viitorului acord pe plan politic, elucidarea necesităților comune și concordarea intereselor, estimarea corectă a măsurii în care unele sau altele dintre probleme au ajuns la etapa posibilității soluționării acestora, iar, în legătură cu acest fapt, realizarea la timpul potrivit a unei alegeri corecte a conținutului și limitelor de acțiune a convenției. După cum menționează G.I. Tunkin¹²⁾, deși și în acest caz suntem în prezența armonizării voințelor statelor, însă norma care generează obligații pentru stat este creată, de regulă, prin vot majoritar și, prin urmare, poate fi obligatorie pentru stat fără acordul acestuia, și chiar contra voinței statului.

În acest context, cercetătorul Laurence Helfer susține că unul dintre paradoxurile dreptului internațional constă în faptul că „cu cât mai mare este participarea la un tratat internațional, cu atât mai mare este probabilitatea că acesta va conține dispoziții destul de ineficiente, care sunt produsul unor concesiuni reciproce și a unor negocieri complexe”¹³⁾. Același autor acordă o atenție deosebită procesului de creare nonconsensuală a dreptului internațional, pe care îl definește ca fiind crearea unei obligații legale care leagă un stat-parte la un tratat sau membru al unei organizații internaționale, chiar și în situația când statul nu a ratificat, nu a aderat sau nu a acceptat această obligație¹⁴⁾. Astfel definită, crearea normelor internaționale nonconsensuale cuprinde o mare varietate de fenomene generatoare de drept. Primul exemplu și cel mai evident este delegarea autorității legislative unei organizații internaționale sau unui grup de state pentru a adopta noi reguli care în mod automat leagă alte națiuni. Rezoluțiile Consiliului de Securitate al ONU și regulamentele și directivele Uniunii Europene sunt două exemple proeminente în acest sens¹⁵⁾.

Procesul de creare a normelor juridice și, în special, a normelor de drept internațional este marcat de factori obiectivi și subiectivi. Factorul obiectiv este impulsul social pentru crearea normelor, iar cel subiectiv, conștientizarea necesității sau oportunității elaborării unei norme juridice și crearea nemijlocită a acesteia¹⁶⁾.

Dreptul internațional contemporan se deosebește de cel precedent prin procesul de creare a normelor internaționale. Inovațiile în procesul de creare a normelor internaționale se caracterizează prin crearea unui cadru juridic, prin

¹¹⁾ В. Моравецкий, *Функции международной организации*, Москва, Прогресс, 1976, p. 111.

¹²⁾ Г.И. Тункин, *Международное право: наследство XX века. Российский ежегодник международного права*, СПб: Россия-Нева, 1992, p. 19.

¹³⁾ L. Helfer, *Non-consensual international law making*, University of Illinois Law Review, 2008, p. 73.

¹⁴⁾ L. Helfer, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵⁾ N. Chirtoacă, N. Grimailo, *Evoluția procesului de legiferare internațională în cadrul Uniunii Europene: supranaționalitatea în Dreptul Organizațiilor Internaționale*, Revista Moldovenească de Drept Internațional și Relații Internaționale. 2013, nr. 4, p. 24-41. ISSN 1857-1999.

¹⁶⁾ С.В. Черниченко, *Теория международного права*, Т.1. Москва: «НИМП», 1999, p. 17.

instituționalizarea procesului de creare a normelor, prin schimbarea procedurilor de creare a normelor convenționale și cutumiare, prin dezvoltarea procesului de codificare, influențarea acestui proces de norme fără caracter juridic, de actele organizațiilor internaționale etc.

Referindu-ne la alte tendințe noi ale procesului de creare a normelor de drept internațional, nu putem omite rolul în acest sens al conferințelor internaționale și al organizațiilor internaționale nonguvernamentale (ONG).

Conferințele internaționale în calitate de instituții ale relațiilor internaționale și ale dreptului internațional au apărut și s-au dezvoltat relativ recent, în a doua jumătate a sec. al XIX-lea¹⁷⁾. Conferința internațională modernă reprezintă un organism colectiv temporar al statelor-părți compus din reprezentanți oficiali ai minimum trei state, fiecare cu un drept de vot, cu participarea posibilă a observatorilor din state terțe, din cadrul organizațiilor interguvernamentale și nonguvernamentale, urmărind scopuri convenite de către statele-părți, și având o structură organizatorică și o competență consacrată în regulile de procedură.

Conferința internațională poate fi considerată drept una dintre etapele în formarea normelor juridice internaționale. Prin urmare, îmbunătățirea eficienței activității sale presupune, concomitent, și creșterea eficienței coordonării pozițiilor statelor privind normele internaționale în formare. Adeseori conferințele internaționale adoptă diverse rezoluții privind obiectul activității lor, ce conțin apeluri, cereri, sugestii și recomandări adresate statelor și/sau organizațiilor internaționale.

Rezoluțiile conferințelor internaționale pot fi utilizate la elaborarea tratatelor corespunzătoare. În special regulile de conduită formulate în respectivele rezoluții pot servi drept bază pentru prevederile viitoarelor instrumente juridice internaționale sau pot fi folosite în calitate de izvor auxiliar la elaborarea acestora. Mai mult decât atât, unele prevederi ale rezoluțiilor pot dobândi caracter juridic obligatoriu în calitate de cutumă. În unele situații respectivele rezoluții servesc drept mijloc de constatare sau interpretare a normelor internaționale în vigoare.

Una dintre cele mai recente forme de participare ale comunității mondiale la relațiile internaționale este organizația internațională nonguvernamentală. ONG influențează mecanismul creării normelor internaționale atât din punctul de vedere al creării dreptului, cât și de pe poziția aplicării dreptului, deoarece acestea mențin relații consultative cu organizațiile interguvernamentale, iar unele dintre ONG-uri activează în limitele competențelor care le sunt acordate prin acorduri internaționale (spre exemplu, în cadrul Consiliul Europei este creată Conferința ONG-urilor internaționale în care se atestă 370 de ONG-uri cu statut participativ).

ONG-urile, neavând dreptul de a participa direct la elaborarea și ratificarea textelor tratatelor internaționale, participă indirect, ajutând subiectele dreptului internațional să identifice lacunele în reglementarea relațiilor internaționale, în elaborarea rezoluțiilor și convențiilor. Mai mult decât atât, ONG-urile, prin formarea opiniei publice mondiale, creează condițiile de natură morală și politică pentru elaborarea, aprobarea, semnarea și ratificarea instrumentelor juridice internaționale, formează conștiința juridică internațională - toate acestea fiind foarte importante pentru aplicarea ulterioară a normelor internaționale.

¹⁷⁾ Д.Б. Левин, *История международного права*, Москва: Изд-во ИМО, 1962, p. 164.

3. Concluzii

În concluzie, menționăm faptul că, în etapa actuală, modificările esențiale în procesul de creare a normelor de drept internațional sunt legate de instituționalizarea acestui proces. Rămânerea în urmă a reglementării normative internaționale în mare parte se datora lipsei unui mecanism de creare a normelor de drept care ar funcționa pe bază organizatorică permanent. Crearea unui asemenea mecanism sub forma organizațiilor internaționale din sistemul ONU și a organizațiilor regionale a permis compensarea esențială a numeroase lacune, activarea procesului de creare a normelor de drept internațional, conferirea unui caracter continuu acestuia.

Actualmente organizațiilor internaționale le aparține rolul principal în coordonarea eforturilor statelor în elaborarea celor mai importante documente internaționale. Datorită activității acestora codificarea dreptului internațional, care este unul din mijloacele de modificare și modernizare a dreptului internațional, a dobândit o dezvoltare considerabilă.

LIMITELE CONTROLULUI EXERCITAT DE INSTANȚA JUDECĂTOREASCĂ ASUPRA ORDONANȚELOR GUVERNULUI

*Lector univ. dr. Carmen Adriana DOMOCOS
Facultatea de Drept, Universitatea din Oradea
Judecător, Președinte al Tribunalului Bihor*

§ Control limits exercised by law court on the Government ordonnances

Abstract:

Article 126(6) of the Constitution of Romania provides that the administrative courts, judging contentious business have jurisdiction to solve the applications filled by persons aggrieved by statutory orders or, as the case may be, by provisions in statutory orders declared unconstitutional. The present work analyses in detail the constitutional text with regard to the judicial review of administrative acts by considering it in the context of legal practice and doctrine, where a series of dilemmas and legal issues have already been raised.

Key words: *administrative courts, statutory orders, administrative disputes.*

Una dintre formele contenciosului administrativ „impuse” de Constituția României, care conferă particularilor posibilitatea de a se adresa instanței, în măsura în care au fost vătămați prin ordonanțe sau dispoziții din acestea declarate neconstituționale, a determinat includerea de către legiuitor în Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, cu modificările și completările ulterioare a art. 9 alin. (1).

Astfel, potrivit art. 126 alin. (6) din Constituția României: „Instanțele de contencios administrativ sunt competente să soluționeze cererile persoanelor vătămate prin ordonanțe sau, după caz, prin dispoziții din ordonanțe declarate neconstituționale.” În considerarea textului constituțional, se statuează dreptul persoanei vătămate într-un drept al său ori într-un interes legitim prin ordonanțe sau dispoziții din ordonanțe de a introduce acțiune la instanța de contencios administrativ, însoțită de excepția de neconstituționalitate, în măsura în care obiectul principal nu este constatarea neconstituționalității ordonanței sau a dispoziției din ordonanță.

Cu toate că la data adoptării textului aplicabilitatea acestuia părea facilă și acțiunile fundamentate pe acest text de lege păreau a avea un domeniu foarte larg de aplicare, în practica judiciară, dar și în doctrina juridică s-au ridicat o serie de probleme de drept.

Astfel, s-a ridicat problema dacă recunoașterea dreptului instanțelor de a cenzura ordonanțele Guvernului nu reprezintă, în realitate, o recunoaștere a dreptului instanțelor de a cenzura atribuțiile puterii executive, sub aspectul atribuției delegate, de adoptare a actelor normative cu putere de lege *stricto sensu*¹⁾.

Pe de altă parte, o ordonanță, odată aprobată prin lege de către Parlament, își pierde specificitatea și individualitatea, aprobarea echivalând cu absorbția ordonanței de către lege. Drept urmare, prin aprobare, ordonanța încetează să existe ca act juridic normativ distinct.

Or, câtă vreme Legea contenciosului administrativ se referă la acțiunile împotriva ordonanțelor sau a dispozițiilor din ordonanțe considerate a fi neconstituționale, trebuie să admitem că această acțiune nu se va putea exercita ulterior aprobării ordonanței prin lege de către Parlament. Tocmai datorită intervalului de timp - care, cel puțin în teorie, ar trebui să fie scurt - dintre momentul intrării în vigoare a ordonanței și momentul aprobării ei prin lege, acțiunea reglementată în art. 9 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ are o aplicabilitate temporală limitată. Mai mult, se ridică problema soartei juridice a acțiunilor aflate pe rolul instanțelor și nesoluționate până la data aprobării Ordonanței Guvernului de către Parlamentul României prin lege.

În legătură cu prima problemă, „nodul gordian” îl reprezintă stabilirea naturii juridice a ordonanțelor guvernamentale, adică a stabili dacă acestea sunt, fie și în parte, și acte administrative, astfel încât sunt întrunite premisele ca o persoană vătămată într-un drept al său de o autoritate publică (Guvernul) printr-un act administrativ (ordonanța) s-ar putea îndrepta împotriva acesteia din urmă printr-o acțiune în contenciosul administrativ²⁾.

Marea majoritate a doctrinei, precum și practica judiciară, în unanimitate, admit caracterul de act administrativ al ordonanțelor guvernamentale³⁾. Detaliind acest aspect, s-a concluzionat just că ordonanțele guvernamentale sunt acte administrative în raport de autoritatea care le adoptă și acte cu putere de lege, în raport de forța

¹⁾ A. Tabacu, *Limitele controlului exercitat de instanța de contencios administrativ asupra ordonanței de Guvern, ca act administrativ*, Revista Transilvană de Științe Administrative nr. 3(27) 12010, p. 155.

²⁾ Comparativ, în sistemul francez ordonanțele Guvernului, emise, ca și în cazul României, în baza unei legi de abilitare, pot fi cenzurate de instanțele de contencios administrativ, dacă sunt emise cu abuz de putere, a se vedea, în acest sens, J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, 20e éd., Dalloz, Paris, 2004, p. 257.

³⁾ T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. Tipomur, Târgu Mureș, 1993, p. 155; I. Vida, *Procedura legislativă*, Ed. Crater, București, 1999, p. 139; I. Muraru, M. Constantinescu, *Ordonanța guvernamentală. Doctrină și jurisprudență*, ed. a II-a, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 193-196; L. Chiriac, *Controlul constituționalității ordonanțelor Guvernului*, Ed. Accent, Cluj-Napoca, 2004, p. 51-52; I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 713; D. Apostol Tofan, *Drept administrativ*, ed. a II-a, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 202.

lor juridică. De altfel, ordonanțele se înscriu în tiparul definiției actului administrativ ca fiind „manifestări unilaterale și exprese de voință ale autorităților publice în scopul de a produce efecte juridice, în temeiul puterii publice”⁴⁾. În raport cu caracterul acestor acte, marea majoritate a doctrinei admite faptul că ordonanțele pot avea doar caracter normativ. Ordonanțele sunt acte cu putere de lege, iar legea este întotdeauna un act cu caracter normativ; admiterea acestei excepții de la regulă, potrivit căreia ordonanțele pot avea uneori caracter individual, ar pune serioase probleme atât în raport cu constituționalitatea acestor „ordonanțe”, cât și în raport cu posibilitatea atacării acestui act în contenciosul administrativ⁵⁾.

Dilema care se ridică pornind de la acest raționament este dacă obiectul acțiunii la instanța de contencios administrativ îl poate constitui exclusiv formularea unor pretenții sau cereri de despăgubiri sau petentul poate solicita și obține anularea de către instanța de contencios administrativ a ordonanței de Guvern în ansamblu sau a unor dispoziții ale acesteia. Astfel, este ordonanța de Guvern este un act administrativ „tipic”, și atunci, evident, poate fi anulată de instanța de contencios administrativ sau ordonanța de Guvern, în sine, și acțiunile formulate în baza art. 9 din Legea nr. 554/2004 împotriva ei prezintă particularități ce o delimitează clar de celelalte acte administrative supuse controlului jurisdicțional?

Soluția acestei dileme pare a fi dată de forța juridică a ordonanței Guvernului, și mai puțin de competența organului emitent: Guvernul României - pionul de bază al administrației publice din România -, și deci organ administrativ.

Ordonanțele emise de Guvern în temeiul legii de abilitare, potrivit art. 108 alin. (3) din Constituție, sau ordonanțele de urgență emise cu respectarea procedurii de depunere în dezbatere în procedură de urgență la Camera competentă sunt acte normative similare legii, care nu pot fi atacate ca orice *act administrativ*, pe calea contenciosului administrativ, așa cum s-a reținut și în decizia Curții Constituționale, menționată mai sus. Deși ordonanța este emisă de puterea executivă, intrând în categoria actelor administrative cu caracter normativ [art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea contenciosului administrativ înțelegând prin act administrativ actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice], iar articolele 1 și 8 din Lege nu disting între actele cu caracter individual sau normativ, nu se poate reține că ordonanțele se supun aceluiași regim juridic în ceea ce privește anularea lor. Ele au putere de lege și sunt supuse aprobării Parlamentului, aceasta fiind modalitatea analizării lor sub aspectul legalității, respectiv supuse controlului de constituționalitate potrivit art. 146 lit. d) din Constituție, neputând fi anulate de puterea judecătorească, ci având un regim juridic aparte, reglementat în legea fundamentală⁶⁾.

Dat fiind regimul juridic special al ordonanțelor Guvernului, ele nu sunt supuse cenzurii instanțelor judecătorești, art. 9 alineatul final din Legea nr. 554/2004

⁴⁾ O. Podaru, *Drept administrativ*, vol. I, Actul administrativ, Ed. Hamangiu, București, 2010 p. 9-11.

⁵⁾ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ed. a III-a, Ed. All Beck, București, 2001, p. 403-409.

⁶⁾ D. Apostol Tofan, *Drept administrativ*, op. cit., p. 200.

arătând expres și limitativ care poate fi obiectul acțiunii împotriva ordonanțelor Guvernului, și anume: acordarea de despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin ordonanțe ale Guvernului, anularea actelor administrative emise în baza acestora, precum și, după caz, obligarea unei autorități publice la emiterea unui act administrativ sau la realizarea unei anumite operațiuni administrative. Caracterul limitativ al enumerării rezultă nu numai din modul de exprimare al legiuitorului, ci și din faptul că se prevede expres anularea actelor administrative emise în baza ordonanțelor criticate pentru neconstituționalitate, iar nu anularea ordonanței în sine⁷⁾.

Într-o atare situație, obiectul acțiunii judiciare nu poate fi anularea ordonanței Guvernului sau a unor texte din aceasta⁸⁾, instanța neputând dispune prin hotărâre judecătorească un asemenea aspect, în temeiul art. 9 alin. (1) raportat la alineatul final din Legea nr. 554/2004, nici dacă instanța de contencios constituțional constată neconstituționalitatea acesteia integral sau numai cu privire la unele dispoziții din aceasta⁹⁾. De altfel, în debutul art. 9 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 nu se prevede care este obiectul acțiunii pe care o poate introduce la instanța de contencios administrativ persoana vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim prin ordonanțe sau dispoziții din ordonanțe, obiectul fiind prevăzut în alineatul final al textului, care nu cuprinde și posibilitatea anulării ordonanței în instanța de contencios administrativ.

Articolul 126 alin. (6) teza finală din Constituție arată că instanțele de contencios administrativ sunt competente să soluționeze cererile persoanelor vătămate prin ordonanțe sau, după caz, prin dispoziții din ordonanțe declarate neconstituționale. Ca atare, o cerință prealabilă de admisibilitate a cererii în contencios administrativ este declararea textului sau ordonanței ca neconstituțională. Instanța este chemată numai să sesizeze Curtea Constituțională atunci când apreciază că excepția îndeplinește condițiile prevăzute de art. 29 alin. (1) și (3) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale a României, cu modificările și completările ulterioare, dacă obiectul acțiunii judiciare se încadrează în ipotezele prevăzute expres de art. 9 alineatul final din Legea contenciosului administrativ. Dacă ordonanța sau o dispoziție a acesteia a fost declarată neconstituțională, instanța soluționează fondul cauzei (care nu poate fi numai anularea ordonanței), iar dacă ordonanța sau o dispoziție a acesteia a fost găsită constituțională, acțiunea se respinge ca inadmisibilă. Este, așadar, inadmisibilă acțiunea de anulare a unor acte sau de acordare a unor despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin ordonanțe ale Guvernului atunci când Curtea Constituțională a constatat conformitatea ordonanței criticate cu legea fundamentală¹⁰⁾.

Pe de altă parte, se ridică problema aplicabilității art. 9 din Legea nr. 554/2004 în cazul în care ordonanțele de Guvern sunt aprobate prin lege de Parlament. Întrebarea

⁷⁾ A. Tabacu, *op. cit.*, p. 157.

⁸⁾ E. Albu, *Dreptul contenciosului administrativ*, București, Ed. Universul Juridic, 2008, p. 182.

⁹⁾ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de Contencios Administrativ, decizia nr. 2342/2007, nepublicată.

¹⁰⁾ A. Tabacu, *op. cit.*, p. 158.

este: Supraviețuiește acest act ulterior aprobării sau aprobarea marchează decesul acesteia? Cu alte cuvinte, legea absoarbe prevederile ordonanței, transformând-o în lege sau, dimpotrivă, efectele actului guvernamental continuă să se producă, aprobarea fiind doar o încuviințare necesară acesteia?

Într-o opinie, o parte a doctrinei¹¹⁾, s-a susținut că „prin aprobare, Parlamentul verifică în ce mod a fost respectată legea de abilitare de către Guvern, își însușește dispozițiile ordonanței și le aprobă printr-o lege, fără ca ordonanța să devină propriu-zis lege”. În continuare, se apreciază că ordonanța și-ar păstra caracterul de act administrativ normativ, putând fi încadrată în sfera de aplicabilitate a art. 126 din Constituție și a art. 9 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 și după aprobarea ei prin lege de către Parlament.

Acestui punct de vedere i s-au adus o serie de critici.

În primul rând, s-a afirmat că dacă avem în vedere ipoteza în care Parlamentul, cu ocazia aprobării ordonanței, o modifică sau o completează, este inimaginabil ca legea de aprobare și modificare să fie considerată un act administrativ normativ. Pe lângă aceasta, este absurd să se susțină că vor exista două acte juridice distincte: o ordonanță care cuprinde dispozițiile inițiale - în cazul completării - sau dispozițiile inițiale din care se exclud cele modificate - în cazul modificării - și, totodată, o lege care va cuprinde doar dispozițiile adăugate sau modificate. Ba mai mult, în ipoteza în care Parlamentul aprobă ordonanța prin lege, însă cu această ocazie aduce modificări la absolut toate prevederile ordonanței, este imposibil de susținut că ordonanța încă mai există, deși, în mod material, este golită de conținut, fiecare prevedere a acesteia fiind modificată și integrată în cuprinsul legii de aprobare¹²⁾.

În al doilea rând, potrivit art. 61 alin. (1) din Constituție, Parlamentul este unica autoritate legiuitoare a țării, iar anumite competențe legislative au fost delegate Guvernului - de către însăși Constituția în cazul competenței de a emite ordonanțe de urgență sau prin legea de abilitare în cazul ordonanțelor simple -, Parlamentul exercitându-și controlul asupra ordonanțelor prin lege, ulterior adoptării ordonanței de către Guvern. Efectul aprobării, modificării sau respingerii ordonanței este integrarea prevederilor din aceasta, precum și a ordonanței însăși, în legea respectivă, pentru că, în cazul contrar, dacă legea de aprobare nu ar absorbi și dispozițiile ordonanței, aceasta din urmă ar continua să producă efecte juridice ca act administrativ adoptat de Guvern, dar cu efecte și conținut legislativ, ceea ce ar fi în contradicție atât cu scopul, cât și cu textul art. 61 alin. (1) din Constituție.

Opinia majoritară a doctrinei¹³⁾ este aceea potrivit căreia, după aprobarea ordonanței prin lege, aceasta din urmă absoarbe prevederile actului guvernamental,

¹¹⁾ D.C. Dragoș, *Legea contenciosului administrativ, comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 234.

¹²⁾ S. Gherdan, *Acțiunile împotriva ordonanțelor Guvernului. Posibilitatea intentării acțiunii, în temeiul art. 9, alin. (1) din Legea contenciosului administrativ, ulterior aprobării ordonanței prin lege de către Parlament*, în *Revista Iurisprudența*, Ed. Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Cluj, versiunea online <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=342>.

¹³⁾ T. Drăganu, *Câteva considerații asupra ordonanțelor guvernamentale în lumina Constituției din 1991*, în *Revista Pro Iure* nr. 1/1995, p. 15; T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice - Tratat elementar*, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 143-144.

ordonanța încetând *ex nunc* să mai existe ca act juridic normativ distinct. Drept urmare, ordonanța nu mai poate fi încadrată în dispozițiile art. 126 din Constituție, iar art. 9 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 nu va mai putea fi aplicabil. Mai trebuie adăugat că atât practica judiciară, cât și cea constituțională¹⁴⁾ și-au însușit acest punct de vedere.

Parlamentul este unica autoritate legiuitoare a țării, iar actele emise în temeiul delegării legislative de către Guvern sunt supuse controlului Parlamentului. Un astfel de control are ca efect aprobarea, modificarea sau respingerea ordonanței printr-o lege. Odată cu aprobarea sau modificarea ordonanței, aceasta încetează a mai avea o ființă juridică proprie, iar pe de altă parte, sub aspectul conținutului - adică în sens material - prevederile ordonanței sunt încorporate în legea de aprobare. Astfel, ca urmare a aprobării, conținutul normativ al ordonanței, în forma în care a fost acceptată de autoritatea legiuitoare, devine lege, reglementarea inițială instituită prin ordonanță transformându-se exclusiv în actul legiuitorului, expresia voinței sale. Astfel, ordonanța dispăre ca act autonom prin încorporarea sa în legea de aprobare, însă dispozițiile pe care le conține ordonanța, fiind preluate de legea de aprobare, continuă să își producă efectele. Cu alte cuvinte, dispariția ordonanței se înfăptuiește doar în sens formal¹⁵⁾ - ca act normativ distinct - prevederile din ordonanță existând în sens material - fiind cuprinse în legea de aprobare, parțial sau total.

Concluzionând, odată cu aprobarea unei ordonanțe de urgență, art. 9 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ nu va mai fi aplicabil, din cauza faptului că ordonanța nu mai există. O dată stabilit faptul că ordonanța își pierde individualitatea și specificitatea ca urmare a aprobării prin lege de către Parlament, încetând a mai exista *ex nunc* ca act juridic distinct, trebuie să admitem că art. 9 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ va fi lipsit de aplicabilitate, acțiunea intentată în temeiul acestui articol fiind inadmisibilă ulterior aprobării ordonanței prin lege¹⁶⁾. Drept urmare, art. 9 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 va fi văduvit de aplicabilitate, din cauza faptului că legea de aprobare distruge tiparul mecanismului acestei acțiuni, nemaexistând posibilitatea de a ridica o excepție de neconstituționalitate a prevederilor ordonanței aprobate - reiterăm, fiindcă aceasta nu mai există - și, ca efect al imposibilității ridicării excepției, nu se va putea obține o decizie de neconstituționalitate a ordonanței respective din partea instanței de contencios constituțional, și implicit, particularul nu se va putea prevala de dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 554/2004.

Toate aceste constatări evidențiază faptul că această acțiune specifică este, din nefericire, un instrument ineficace în raport cu rațiunea elaborării sale, aceea de a permite particularilor să se apere în fața abuzurilor, contrare Constituției, săvârșite de către Guvern. De aceea, în practică, prevederile din art. 11 alin. (4) din Legea contenciosului administrativ - potrivit căreia „*ordonanțele sau dispozițiile din ordonanțe care se consideră a fi neconstituționale [...] pot fi atacate oricând*” - trebuie să îi aducem o precizare care să clarifice valabilitatea practică a acestei

¹⁴⁾ CC, dec. nr. 9/1996, publicată în M. Of. nr. 108 din 28 mai 1996.

¹⁵⁾ I. Muraru, M. Constantinescu, *op. cit.*, p. 195.

¹⁶⁾ S. Gherdan, *op. cit.*

instituții: ordonanțele și dispozițiile din ordonanțe pot fi atacate cât timp nu își pierd calitatea de act administrativ normativ distinct, cu alte cuvinte, ele pot fi atacate până la momentul aprobării sau respingerii de către Parlament prin lege¹⁷⁾.

O altă problemă ce se ridică este ce se va întâmpla în situația în care particularul a sesizat instanța de contencios administrativ, întemeindu-se în drept pe art. 9 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ, iar instanța a sesizat Curtea Constituțională cu excepția de neconstituționalitate, însă, înainte de soluționarea excepției, ordonanța este aprobată sau respinsă de către Parlament, ori actul normativ a ieșit din vigoare - de exemplu, a fost abrogat - sau prevederile acestuia au fost modificate?

În primul rând, în situația în care ordonanța a ieșit din vigoare anterior soluționării excepției de către Curtea Constituțională - este respinsă prin lege de către Parlament, este abrogată sau, dacă este cazul, a ajuns la termen - soluționarea excepției devine imposibilă. Pentru ca instanța de contencios constituțional să poată soluționa o excepție de neconstituționalitate, este necesar ca actul normativ sau dispozițiile din acesta supuse controlului să fie în vigoare, practica constituțională în materie relevându-ne că, în măsura în care această condiție nu este îndeplinită, excepția de neconstituționalitate devine inadmisibilă¹⁸⁾, iar Curtea Constituțională refuză să analizeze excepția, declarându-se necompetentă¹⁹⁾. În cazul nerespectării acestei condiții - cea care impune ca actul supus controlului să fie în vigoare - s-a considerat că aprecierea constituționalității unor norme juridice abrogate este incompatibilă nu numai cu scopul și funcționalitatea contenciosului constituțional, dar și cu principiul neretroactivității legii²⁰⁾, consacrat în art. 15 din Constituție.

În concluzie, în ipoteza descrisă, particularul nu va putea obține o hotărâre a instanței de contencios administrativ în această ipoteză, din cauza faptului că acțiunea sa nu se va mai înscrie în tiparul art. 9 din Legea nr. 554/2004, care cere, ca o condiție *sine qua non* pentru admiterea acțiunii, să existe o vătămare datorată stării de neconstituționalitate a unei ordonanțe sau dispoziții din aceasta. Cum această stare nu va putea fi constatată niciodată în ipoteza analizată - deoarece Curtea Constituțională nu se poate pronunța asupra actelor normative care nu mai sunt în vigoare -, particularul nu va putea sub nicio formă să obțină măsuri reparatorii - în temeiul art. 9 din Legea nr. 554/2004 - pentru vătămarea suferită, ordonanței respective nefiindu-i răsturnată prezumția de constituționalitate.

Drept urmare, *de lege lata*, trebuie să admitem că o acțiune întemeiată pe dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ devine inadmisibilă nu doar atunci când ordonanța este respinsă de către Parlament, ci și atunci când aceasta iese din vigoare într-un alt mod.

¹⁷⁾ *Idem*.

¹⁸⁾ CC, dec. nr. 32/1999, publicată în M. Of. nr. 178 din 26 aprilie 1999, CC, dec. nr. 135/1998, publicată în M. Of. nr. 51 din 4 februarie 1999; CC, dec. nr. 51/1999, publicată în M. Of. nr. 178 din 26 aprilie 1999, CC, dec. nr. 169/1998, publicată în M. Of. nr. 65 din 16 februarie 1999, CC, dec. nr. 259/2004, publicată în M. Of. nr. 857 din 20 septembrie 2004, CC, dec. nr. 702/2009, publicată în M. Of. nr. 466 din 7 iulie 2009.

¹⁹⁾ CC, dec. nr. 74/1998, publicată în M. Of. nr. 209 din 3 iunie 1998, CC, dec. nr. 131/1998, publicată în M. Of. nr. 489 din 18 decembrie 1998.

²⁰⁾ CC, dec. nr. 130/1997, publicată în M. Of. nr. 33 din 29 ianuarie 1998.

Conform practicii Curții Constituționale, în cazul în care, după invocarea unei excepții de neconstituționalitate în fața instanțelor judecătorești, prevederea legală supusă controlului a fost modificată, Curtea Constituțională se pronunță asupra constituționalității prevederilor legale, în noua redactare, numai dacă soluția legislativă din legea sau ordonanța modificată este, în principiu, aceeași cu cea de dinaintea modificării²¹⁾.

O problemă interesantă este ridicată de ordonanțele de urgență emise de Guvern în baza art. 115 alin. (3) și (4) din Constituție care se supun aprobării de către Parlament. Mai precis, avem în vedere teza a 3-a a alin. (5) din Constituție care prevede aprobarea tacită a ordonanței de urgență după expirarea unui termen de 30 de zile de la depunerea la Parlament spre aprobare a ordonanței.

Se impune a clarifica dacă prin aprobarea tacită de către Parlament a ordonanței de urgență aceasta din urmă își pierde individualitatea și specificitatea de act emis de un organ al puterii executive. În opinia noastră, dacă aprobarea ordonanței de urgență se face de către Parlament în mod tacit, ordonanța de urgență continuă să existe ca act normativ de sine stătător, supus deci câmpului de aplicare al art. 9 din Legea nr. 554/2004. În lipsa unei legi care să „absoarbă” conținutul ordonanței de urgență a Guvernului, aprobarea tacită are valoarea unei validări din partea Parlamentului a demersului Guvernului, fără ca actul (ordonanța de urgență) să-și piardă individualitatea sau existența proprie.

Concluzionând, reglementarea existentă *de lege lata* în art. 9 din Legea nr. 554/2004 se află în contradicție cu scopul urmărit de legea fundamentală, care urmărește a proteja particularii vătămați prin acte neconstituționale emise de Guvernul României. În măsura în care particularii nu pot obține măsuri reparatorii, Statul este responsabil pentru încălcarea obligațiilor sale pozitive de legiferare în acest domeniu.

În fapt, situația celor care, deși evident vătămați, printr-o stare de neconstituționalitate vădită, nu au reușit să obțină măsuri reparatorii, din cauza inadmisibilității acțiunii intentate în temeiul art. 9 din Legea nr. 554/2004, inadmisibilitate determinată de nerăsturnarea prezumției de constituționalitate a actului respectiv, pune deosebite probleme și în raport cu dreptul fundamental al persoanei - garantat în art. 6 alin. (1) din Convenția europeană a drepturilor omului - acela de a se adresa în mod efectiv unei instanțe²²⁾.

Raportat la aceste concluzii, apreciem că poate fi pusă în discuție admisibilitatea unei acțiuni în pretenții formulată împotriva Statului român în care temeiul acțiunii să îl constituie prevederile apreciat neconstituționale ale legii de aprobare a ordonanței Guvernului prin care a fost aprobată norma juridică inițial cuprinsă în ordonanța Guvernului și care a produs prejudiciul reclamat, normă față de cuprinsul căreia să se invoce excepția de neconstituționalitate, într-un raționament similar celui prevăzut de art. 9 din Legea nr. 554/2004.

²¹⁾ CC, dec. nr. 215/2009, publicată în M. Of. nr. 242 din 10 aprilie 2009.

²²⁾ S. Gherdan, *op. cit.*

AMBIGUITATEA DELIMITĂRII DINTRE FISCALIZAREA CREATIVITĂȚII ȘI ACEEA A MUNCII NORMALE

Prof. univ. dr. Edmond Gabriel OLTEANU
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova

Prof. univ. dr. Sorin DOMNIȘORU
Facultatea de Economie și Administrarea Afacerilor

§ Ambiguity delimitation of creativity taxation and that of normal labor

Abstract

The intellectual creations had already in twentieth century the specific regulations in field of copyright, which aimed to encourage creativity.

In the last decade has felt the need to encourage authors using tax/fiscal means, especially in matters of production of computer software. In Romania those means were "used" in abnormal ways: some businesses have pursued "streamlining" of costs and taxes. The control bodies almost did not recognize the status of works protected by copyright with an incentive fiscal regime.

The work is intended to be a concise representation of a complex problem with highlighting examples may help to better elucidate the interested parties.

Keywords: *copyright, taxes, fees, creativity, originality.*

1. Interesul patrimonial și protejarea operelor de creație intelectuală

Argumentele pentru justificarea drepturilor patrimoniale au alternat între teoria dreptului natural și aceea a utilitarismului. În primul rând, s-a spus despre dreptul de autor că este o nouă formă de proprietate, o relație de apropiere juridică între un subiect de drept și un bun imaterial. Creația intelectuală este privită ca un fapt juridic al cărui prim efect este nașterea unui drept de proprietate având ca obiect un bun imaterial¹⁾. Este perspectiva literaturii franceze care, în mare

¹⁾ A. Latil, *Creation et droits fondamentaux*, L.G.D.J, Paris. 2014, p. 4.

majoritate, apreciază ceea ce Ripert spunea cu mult timp în urmă: cel care caută să obțină un profit din munca sa o transformă în proprietate²⁾. A nu se înțelege însă că orice activitate umană, muncă, poate fi transformată în „proprietate”, sub forma dreptului de autor. Mergând mai departe, pentru o corectă determinare, pe lângă faptul că este și etic a recompensa și încuraja creativitatea, produsul intelectual se prezintă ca o prelungire a spiritului uman. Sintetic, Paul Roubier³⁾ spunea că trei sunt fundamentele drepturilor de proprietate industrială: ordinea, justiția și progresul.

Și cum interesele patrimoniale au crescut odată cu dezvoltarea industrială (în biblioteca Universității Sorbona existau doar 1017 volume în jurul anului 1200⁴⁾), evoluția acestora fost strâns legată de apariția unor instrumente de multiplicare: descoperirea hârtiei de către Tsai Lun și inventarea tiparului cu litere metalice de către Gutenberg. În Franța, prima imprimerie se stabilește la Sorbona, în 1470, când se tipărește și prima carte în latină, iar în Țara Românească pătrunde în jurul anului 1500, când e tipărit un Liturghier slavon (1508). Efectul acestei invenții a fost unul exploziv, fiind tipărite cărți în mii de exemplare, ceea ce a atras și interesul financiar al autorilor. După cât se vede, interesul economic se regăsește din vremuri îndepărtate în toate, inclusiv în domeniul dreptului de autor, deși s-ar crede cu ușurință că altele ar fi dezideratele în această lume fină; drept consecință, disputele vor exista inevitabil și perpetuu, ceea ce ar necesita și reglementări flexibile, dar indubitabile.

Momentul critic în apariția reglementărilor favorabile autorilor l-a reprezentat Revoluția franceză, care prin spiritul ei și cu susținerea importantă a dramaturgilor a condus la recunoașterea unor drepturi economice suficient de conturate pentru autorii libretelor.

În timp, s-a construit un întreg mecanism legislativ de protecție și recompensare a autorilor prin acordarea exclusivității exploatarii creațiilor proprii. Cum însă orice exclusivitate înseamnă restricții pentru ceilalți, au apărut și reacții de protest pentru costurile mărite în educație și sănătate, pentru îngrădirea accesului liber la operele protejate⁵⁾.

2. Obiectul protecției prin drept de autor

Produsul intelectual original, denumit generic operă, este protejat de Legea nr. 8/1996 prin acordarea autorului acesteia a unor drepturi patrimoniale exclusive. Legea menționată spune, în articolul 7, că pot forma obiectul dreptului de autor operele originale și de creație intelectuală din domeniul științific, artistic sau literar, fără a avea în vedere valoarea acestora. Enumerarea făcută în același articol este una cu caracter exemplificativ („precum”), dar încearcă să acopere toate posibilele

²⁾ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, P.U.F., Paris, 2001, p. 13.

³⁾ P. Roubiere, *Le droit de la propriété industrielle*, Ed. Sirey, Paris, 1952, vol. I, p. 2.

⁴⁾ Y. Devaux, *Dix siècles de reliures, Pygmalion*, 1981, apud F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 4.

⁵⁾ Avem în vedere mișcarea inițiată de Richard Matthew Stallman: free software movement, Free Software Foundation, GNU Project.

creații intelectuale ce pot forma obiectul dreptului de autor, de la opere literare și artistice până la lucrări plastice și hărți.

Și modul de reglementare națională a dreptului de autor a avut drept scop încurajarea creativității, conceptele utilizate având o doză de subiectivism. Condiția esențială, originalitatea, depinde, în mare măsură, de pregătirea, inteligența și spiritul de observație ale celui care face analiza operei. Nu există deci unități de măsură pentru originalitate, singurul element de obiectivitate fiind prezența noutății în opera analizată. De aici polemici, în ce condiții o activitate sau lucrare devine autentică? Când are 1% originalitate, 6%, 40% sau peste 51%?! Bineînțeles că nu se poate da un răspuns strict la această întrebare, dar, din nefericire, am avut ghinionul să vedem o coloană a infinitului diferită de cea a lui Brâncuși doar prin secțiunea orizontală (dreptunghi în loc de pătrat) și nu la fel de înaltă. Reprezintă acest caz un plagiat/reproducere fără drept sau este o creație originală? Și, dacă nu este un plagiat, putem înțelege că o lucrare poate fi declarată creativă și originală dacă aduce ceva nou, indiferent cât de mic ar fi acesta?! Apreciem că în acest domeniu cantitativul nu ajută prea mult și în niciun caz nu poate fi interpretat singular. Opinia majoritară a specialiștilor, din alte domenii decât cele fiscale, este că trebuie să existe un minim efort de creativitate.

Dreptul de autor funcționează efectiv prin invocare de către titular (autor sau alt posibil subiect), care consideră condițiile de bază îndeplinite: rezultat al creației intelectuale și originalitate. Utilizând și prezumția de autor, prin natura ei relativă, reglementată de art. 4 al Legii nr. 8/1996, cel care a creat opera poate să treacă la exploatarea ei, fiindu-i recunoscute în acest sens drepturi exclusive.

Din păcate, domeniul larg de aplicare a dreptului de autor și condițiile legale de naștere vin să creeze uneori ideea că aproape orice produs al minții omului este protejat prin drept de autor. De aici și greutatea în aprecierea existenței dreptului de autor. Întotdeauna însă cel care apreciază cu privire la acest lucru trebuie să aibă în vedere cele două condiții esențiale: originalitate și creativitate.

3. Utilizarea dreptului de autor ca mijloc de recompensare și eficientizare financiară

Toate avantajele patrimoniale directe ale autorului sunt rezultatul exploatării exclusive a operei, într-una dintre modalitățile pentru care se cere autorizarea acestuia, potrivit art. 13, art. 16 ale Legii nr. 8/1996: reproducerea operei, distribuirea operei, importul în vederea comercializării pe piața internă a copiilor realizate cu consimțământul autorului, închirierea operei, împrumutul operei, comunicarea publică, direct sau indirect a operei, prin orice mijloace, inclusiv prin punerea operei la dispoziția publicului, astfel încât să poată fi accesată în orice loc și în orice moment ales, în mod individual de către public, radiodifuziunea operei, retransmiterea prin cablu a operei și realizarea de opere derivate.

Practic, autorul operei cedează dreptul de autor, iar contractul de cesiune trebuie să conțină, sub amenințarea rezilierii⁶⁾: drepturile patrimoniale transmise

⁶⁾ Articolul 41 al Legii nr. 8/1996 folosește termenul de reziliere. Apreciem că sancțiunea ce trebuie aplicată e nulitatea.

(dreptul de a decide în ce mod va fi exploatată opera, de a autoriza exploatarea operei ș.a.), modalitățile de utilizare, durata cesiunii, întinderea cesiunii și remunerația titularului dreptului de autor. Cuantumul acesteia din urmă poate fi stabilit conform art. 43 al Legii nr. 8/1996, proporțional cu încasările din utilizarea operei, în sumă fixă sau în orice alt mod⁷⁾.

Revenind la obiectul dreptului de autor, modul de stabilire a remunerației și calificarea relației contractuale nu ridică probleme în cazul operelor scrise originale precum romane, poezii ș.a. În schimb, dacă opera nu e nici originală și nici rezultat al creativității intelectuale, dreptul de autor nu s-a născut și, în consecință, nici contractul nu poate fi calificat ca unul de cesiune a unui drept de autor nenăscut.

Aceste aspecte au căpătat importanță în condițiile în care taxarea remunerațiilor primite pentru cesiunea drepturilor de autor este una mai avantajoasă, în special pentru cesionari/angajatori, care nu au costuri cu „forța de muncă”. Altfel spus, pentru a nu plăti contribuțiile specifice unui angajator pentru un contract individual de muncă, unii angajatori au preferat remunerarea „lucrătorilor” prin încheierea unor contracte de cesiune a dreptului de autor, apreciind, așa cum arătam mai sus, că dreptul de autor se naște și poate proteja orice produs uman, ceea ce este relativ adevărat. Sunt cunoscute situațiile când în societățile comerciale din domeniul mass-media se încheiau cu precădere astfel de contracte, fără a mai avea în vedere acele elemente esențiale: originalitate, creativitate, susceptibilitate de comunicare publică și neîncadrare în cazurile de exceptare de la protecție prin drept de autor. De exemplu, nu sunt și nici nu pot fi protejate prin drept de autor simplele fapte și date, și informațiile, și știrile de presă. De aici întrebarea: ce jurnalist poate fi remunerat prin contract de cesiune a drepturilor de autor? Răspunsul, menționat deja, pare simplu teoretic, dar în practică a ridicat probleme.

În cazul proprietății intelectuale, remunerarea recompensează cedarea unui drept patrimonial de autor, deci, mai întâi, trebuie să se nască dreptul. În cazul unei relații contractuale de durată, cu opere periodice (e.g. articole de presă, emisiuni radio-tv) pentru a califica natura contractului de cesiune sau unul de muncă simulat într-unul de drepturi de autor, ar trebui analizate lucrările/produsele aduse la cunoștință publică periodic și stabilit dacă s-a născut dreptul de autor pentru fiecare. Această muncă, laborioasă uneori, nu poate fi făcut decât tot cu ajutorul unui specialist (e.g. critic de artă, muzicolog) din domeniul respectiv și autoritățile fiscale cu greu ar putea atrage specialiști pentru fiecare domeniu în care este utilizat un contract de cesiune a dreptului de autor. Cu toate acestea, contrar opiniilor multora, dar pentru a asigura ordinea, apreciem că legislația specifică, în acest moment, este suficient de clară. Bineînțeles că loc de mai bine va fi întotdeauna, dar, totodată, considerăm că nu neapărat perfectarea prevederilor legale ar fi în prezent problema cea mai importantă, ci interpretarea și punerea lor în operă necesită mai multă preocupare pentru rafinare.

⁷⁾ Pentru regulile specifice de stabilire a venitului impozabil anual din drepturi de proprietate intelectuală a se vedea Al.-M. Găină, *Drept fiscal și procedură fiscală*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 88.

La extrema cealaltă, pot fi cazuri în care este mai ușor de stabilit caracterul simulat al contractului, neexistând acea formă materială care să reprezinte opera protejabilă prin drept de autor. Este cazul în care ar fi remunerat un lucrător care execută o muncă dirijată, fără creativitate intelectuală și chiar fără produse intelectuale.

Problema a fost ridicată și în literatura și jurisprudența franceză și s-a conturat o concluzie parțial acceptată, având în vedere evoluția tehnicii. S-a afirmat că remunerația, cu sensul de drepturi de autor, rezultă exclusiv din exploatarea operei și nu reprezintă o remunerare pentru o muncă pentru care ar putea fi plătit un salariu⁸⁾. Din acest punct de vedere, contractul de cesiune nu poate fi calificat altfel atunci când remunerația este stabilită procentual din vânzări, existând astfel dovada unei exploatare clare a operei. Criteriul nu poate fi însă utilizat ca regulă generală, având în vedere modalitatea de exploatare a unor opere, a se vedea cazul operelor reproduse în spațiul virtual, când se acceptă o remunerare forfetară. Jurisprudența franceză a acceptat recursul la remunerare forfetară și pentru cazul în care contribuția autorului nu reprezintă un element esențial al operei colective, precum decorul într-un spectacol de operă⁹⁾.

Credem că extremele sunt clare și evidente pentru toți, rămâne însă deosebit de sensibilă zona de mijloc, de delimitare deosebit de pretențioasă între domeniul dreptului muncii și cel al dreptului de autor, unde, trebuie să recunoaștem, ele interferează semnificativ. Câteva dintre aceste neclarități și/sau interpretări abuzive sunt cuprinse și în prezenta lucrare.

Revenind la art. 43 al Legii nr. 8/1996, trebuie să avem în vedere că principiul libertății contractuale este neîngrădit, părțile putând utiliza orice modalitate de stabilire a remunerației. Totuși, în determinarea caracterului unui contract de cesiune, criteriul remunerației procentuale din exploatarea operei rămâne infailibil.

Un domeniu care a ridicat probleme de calificare a operelor și a naturii contractelor a fost cel medical. Între medici și producătorii sau comercianții de medicamente s-au încheiat contracte de cesiune a drepturilor de autor asupra unor studii clinice realizate de medici în urma aplicării unor tratamente cu medicamente furnizate de producător. Studiile clinice respective au fost considerate de părți ca opere protejate prin drept de autor cedat de medic furnizorului de medicamente. Mai mult și mai grav pentru certitudinea taxării, în unele contracte s-a prevăzut că informațiile conținute de studii sunt confidențiale sau chiar secrete.

Din perspectiva autorităților fiscale, activitățile medicilor au fost considerate prestări de servicii cu plată și, aplicând art. 126-129 din Codul fiscal, au considerat că sunt persoane impozabile din punct de vedere al TVA. Pentru a determina caracterul de operă protejabilă prin drept de autor trebuie avute în vedere, din nou, câteva elemente: studiul să nu conțină doar fapte și date (exceptate de la protecție prin drept de autor) și să fie rezultatul unui efort de creativitate care să conducă la un produs original. Fiind vorba de studii clinice este sigur că sunt prezentate și reacții, rezultate din categoria datelor exceptate, dar interpretarea

⁸⁾ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droit voisins*, LexisNexis, Litec, Paris, 2009, p. 350.

⁹⁾ *Idem*, p. 356.

lor poate face ca studiul să capete statut de operă protejată prin drept de autor. Această calificare poate fi deosebit de riscantă, întrucât dreptul fiscal național le consideră activități tehnice, dar apreciem că nu are nimic de a face cu (ne) încadrarea la TVA.

Odată calificată lucrarea, au apărut problemele de natură fiscală. Conform prevederilor art. 50 alin. (1) lit. a) din Codul fiscal, venitul net din drepturile de proprietate intelectuală se stabilește prin scăderea din venitul brut a cheltuielilor deductibile egale în diferite cote procentuale din venitul brut. Însă pct. 57 din H.G. nr. 44/2004 arată că nu se acordă cota de cheltuieli forfetare „în cazul în care persoanele fizice utilizează baza materială a beneficiarului drepturilor de autor”. Aceasta rămâne o problemă de probatoriu. În cazurile avute în vedere de noi, beneficiar al dreptului de autor este cesionarul, o societate comercială furnizoare/ producătoare de medicamente, care nu a avut bază materială proprie, fiind utilizată aceea a unor spitale. Apreciem că organele de control fiscal au interpretat greșit ca fiind beneficiar al dreptului de autor spitalul care-și pune la dispoziție baza materială. Instanțele¹⁰⁾ au preferat într-un astfel de caz să interpreteze că „nu se poate concluziona că acesta (spitalul - n.n.) asigură baza materială necesară finalizării studiului, întrucât cea mai mare parte a cheltuielilor este suportată de investigator (autorul studiului clinic - n.n.), potrivit clauzelor contractuale și probelor administrate în cauză”. Credem că ar fi fost mai apropiată de situația reținută o motivare în drept: beneficiar al dreptului de autor este autorul sau cesionarul și nu au aplicare dispozițiile pct. 57 al H.G. nr. 44/2004. Pe de altă parte, apreciem ca necesară mai buna distincție între proprietatea intelectuală (care aparține, în principiu, producătorului de medicamente) și (într-adevăr de astă dată) prestarea de serviciu ce o realizează un medic strict tehnic, care observă mai bine sau mai rău unele activități, reacții și rezultate. Poate că nu este cea mai fericită asociere, dar, în acest caz, medicii seamănă zdrobitor de mult cu observatorii de la confruntările sportive, cu excepția cazului în care medicul face și un act creativ.

4. Alte considerente preponderent fiscale

Și din punct de vedere economic, financiar-contabil și îndeosebi fiscal se pot spune multe despre această problematică, dar noi vom evidenția câteva dintre elementele mai importante ce pot fi avute în vedere de cei interesați. Astfel, până la venituri și fiscalizarea/taxarea lor, este de subliniat că imaterialitatea elementelor întâlnite în practica economică a suscitată și va stârni întotdeauna interesul părților, autorității și contribuabili, ce se luptă pentru întâietate, pentru a dobândi un câștig cât mai mare. Într-o anumită măsură, corespunzătoare riscului specific, activitățile și bunurile imateriale sunt îngădite de dreptul fiscal. Se pune problema până unde poate merge sau dacă este necesară această îngădire în cazul veniturilor din drepturi de autor.

¹⁰⁾ Sentința nr. 560/2012 a Tribunalului Dolj și Decizia 9098/2012 a Curții de Apel Craiova (nepublicate).

În calificarea fiscală, trei ar fi jaloarele importante, analizate în cele ce urmează.

- A. Deși în situațiile menționate, ca în multe altele, chiar separarea între juridic și economic este dificilă, se poate spune că nu neapărat metisajul între dreptul de autor și dreptul muncii este problema, ci conflictul ce poate apărea în practică între starea de independență și cea de dependență a autorului, prestatorului sau agentului, dar care nu intră totdeauna în funcțiune. Din această perspectivă, ANAF-ul reconsideră așa-zisele venituri din drepturi de autor nu pentru că așa ar recomanda legislația să fie tratate veniturile adevărate din proprietatea intelectuală, ci le supune unor taxări suplimentare pentru că ele nu pot fi recunoscute ca venituri din cedarea dreptului de autor. Ele reprezintă pur și simplu venituri din prestări de servicii, ce au la bază o muncă obișnuită, în care, starea de dependență devine fundamentală pentru taxarea directă; pentru cea indirectă impozitarea este guvernată de cele mai comune reguli.

Mergând pe reconsiderarea relației contractuale, ajungem la diferențele cantitativ-financiare dintre cele două abordări:

Impozitul sau contribuția	TAXAREA:	
	Drepturilor de autor propriu-zise	Așa-ziselor drepturi de autor
Impozitul pe venit, cca	16,0%	16,0%
Contribuția individuală la asigurări sociale de sănătate	5,5 %*	5,50 %
Contribuția individuală la asigurări sociale de șomaj	-	0,50 %
Contribuția individuală la asigurări sociale - pensii	-	10,50 %
Contribuția angajatorului la asigurări sociale de sănătate	-	5,20 %
Contribuția angajatorului la asigurări sociale de șomaj	-	0,50 %
Contribuția angajatorului la asigurări sociale - pensii	-	15,80 %
Contribuția angajatorului la fondul de risc și accidente	-	0,40 %
Contribuția angajatorului la fonul unic de asigurări sociale pentru plata concediilor și indemnizațiilor de sănătate	-	0,85 %
Contribuția angajatorului la fondul de garantare a plății dr. salariale	-	0,25 %

* în măsura în care autorul nu este deja salariat

După cum se poate observa, diferența este mai mult decât semnificativă, peste 30 de procente din recompensa agentului. Ea justifică eforturile și disputele părților pentru o încadrare sau alta.

Deși calificarea veniturilor obținute din drepturi de autor a fost exclusă din categoria celor ce pot fi considerate dependente, iar condițiile de calificare s-au rafinat, răspunsul la această problemă se regăsește în combinarea cu al doilea jalon fiscal propus de noi.

- B. Un al doilea jalon îl reprezintă modul de abordare a unuia dintre principiile de bază ale teoriei și practicii financiar-contabile: după unii, prevalența economicului asupra juridicului, după alții, luarea în considerare atât a economicului, cât și a juridicului. Altfel spus, în aprecierea relațiilor de acest fel, dacă se ia în considerare atât fondul curat, obiectiv al problemei (fondul sau substanța economică), cât și forma de transpunere adecvată în documente, clasificarea nu poate greși. De exemplu, prescrierea unei rețete medicale este un proces creativ sau unul tehnic, care se dorește a fi desăvârșit? Cu certitudine este o activitate tehnică, profesională. Desigur descoperirea, clarificarea și brevetarea unui nou medicament reprezintă indiscutabil o activitate creativă, însă recomandarea lui nu. Tot astfel, apreciem că traducerea unui document oficial (diplomă, atestat, contract etc.) rămâne o activitate tehnică, chiar dacă este făcută de o persoană calificată și diferă esențial, să zicem, de cea realizată de „motoarele” de traducere din mediul virtual. Desigur că în acest caz traducerea este un proces foarte tehnic; drept consecință, putem afirma că dacă toate contractele din domeniu sunt tratate ca fiind de natura dreptului de autor, nu reflectă realitatea economică. Diferențele dintre traducerile documentelor oficiale ar trebui să tindă către zero, astfel încât acuratețea să fie impecabilă. Alta este situația în cazul traducerii operelor literare sau științifice, unde nuanțele, identificarea sensurilor celor mai potrivite și, ca urmare, creativitatea sunt la ele acasă. Fiecare traducere poate purta amprenta personalității autorului său și, în consecință, contractul dintre traducător și beneficiar va fi calificat ca unul de cesiune a dreptului de autor.

Pentru a conchide cu privire la prevalența economicului asupra juridicului, este de spus că în general și reciproc juriștii se pun foarte greu de acord cu economiștii, dar și atunci când punctele lor de vedere devin convergente nu poate rezulta decât ceva imbatabil. Poate, fiind vorba despre un management al riscului autentic, tocmai o astfel de stare este în măsura să evite toate polemicele și disputele din domeniul taxării veniturilor din cedarea drepturilor de autor.

- C. În fine, al treilea jalon adus în discuție este dat de relația contribuție solidară versus recompensă socială. Bineînțeles că nu vorbim aici de fiscalitatea pură, care, zicem noi, este mai clară, îndeosebi cea directă, ci vorbim despre fiscalitatea în sens larg, despre contribuțiile sociale la care ar trebui să fie supuse veniturile din cedarea dreptului de proprietate intelectuală. Bineînțeles că și aici părerile sunt împărțite, nu numai între contribuabili și autorități, dar și în rândul specialiștilor.

În opinia noastră, și aceste venituri este necesar a fi taxate social. De ce? În primul rând din solidaritate pură, apoi din solidaritate socială, reciprocă. Să presupunem, prin absurd, că o persoană deosebit de creativă realizează numai venituri din drepturi de autor și nu contribuie la asigurările sociale obligatorii. Ce se întâmplă în cazul unei boli incurabile? Sau cum se întreține în cazul în care veniturile din cedarea dreptului de autor s-au epuizat și individul nu mai poate lucra? Răspunsurile la aceste întrebări ne conduc inevitabil la autoritatea publică, care este obligată, condamnată, să identifice resursele necesare ajutării și a persoanelor creative în caz de nevoi sociale. De unde ar rezulta că și veniturile persoanelor creative și originale trebuie supuse contribuțiilor sociale.

Se poate aduce aici ca argumentație și neutralitatea împreună cu echitatea măsurilor fiscale, potrivit cărora veniturile din cedarea folosinței bunurilor materiale (reprezentativ închirierea) trebuie tratate identic cu cele rezultate din cedarea folosinței bunurilor imateriale (cesiunea dreptului de autor). Întrucât primele sunt taxate social, pare normal ca și secunde să fie supuse aceluiași tratament. Nu mai spunem despre faptul că adeseori dreptul de proprietate intelectuală (deși este mai spectaculos) se poate perima sau deprecia economic mai repede în comparație cu, de pildă, dreptul de proprietate asupra unui teren... Mai mult, chiar și veniturile din dividende (din dreptul de proprietate asupra capitalului de risc) sunt taxate social, deocamdată pe alocuri, dar suntem convinși că se va generaliza.

Dacă răspunsul afirmativ la întrebarea: se taxează social sau nu veniturile rezultate din dreptul de autor l-am argumentat cât de cât, nu la fel de simplu se pune problema cuantumului taxării. Solidaritatea ar recomanda cuantumul și regulile comune, însă filozofia promoțională din domeniul dreptului de autor este de sens opus. Pentru conciliere, opinăm că veniturile autorilor până la nivelul unui referențial (salariu minim, salariu mediu pe economie sau nivelul consumului mediu/cetățean) să fie taxate social¹¹⁾ după regulile comune, iar sumele ce depășesc acest plafon să rămână netaxate social sau taxate stimulativ.

Ar mai fi de menționat că am vorbit mai mult despre impozitarea directă, chiar că la un moment dat am lăsat insuficient lămurită problema impozitării indirecte a veniturilor din drepturi de autor. Rezumativ, despre taxele percepute ca urmare a trecerii frontierelor țărilor se poate discuta mult, dar în această lucrare nu vom detalia, despre accize nici nu poate fi vorba în acest domeniu, așa că ne vom concentra puțin atenția asupra taxei pe valoarea adăugată, ca impozit indirect reprezentativ, suficient de cunoscut și resimțit social. Și aici lucrurile se complică: când se aduce în discuție determinarea și virarea impozitelor și taxelor directe, contribuabilii autori replică declarând că sunt comercianți, titularii unui drept de proprietate intelectuală, și că nu sunt de acord să fie amestecați cu salariații; când este vorba de taxarea pe valoarea adăugată, nu intrăm în detalii, dar tot ei doresc

¹¹⁾ În măsura în care contribuțiile respective nu au fost deja realizate din alte venituri ale autorului.

să fie tratați precum salariații; nu-i mai puțin adevărat, credem, că și autoritățile fiscale au exagerat introducând tranzacțiile privind drepturile de autor la regulile comune de taxare. În opinia noastră, ele ar trebui incluse de reglementările fiscale în categoria operațiilor scutite fără drept de deducere, cu posibilitatea contribuabilului de a opta pentru taxare, în măsura în care profilul său economic recomandă această opțiune.

5. Concluzii

Apreciem că în măsura în care atât autoritățile, cât și contribuabilii ar fi mai atenți în conceperea cadrului legal specific, respectiv în punerea lui în operă, multe din problemele iterate de noi ar dispărea sau cel puțin s-ar reduce, s-ar diminua considerabil situațiile în care părțile implicate ar interpreta și aplica abuziv-speculativ neclaritățile legislative, nu s-ar mai consuma inutil energii și resurse. Menționăm că interpretarea abuziv-speculativă de care vorbim nu are nimic de a face cu dreptul la fericire din jurisprudența și literatura americană pe care-l invocă unii autori. Dacă raționamentul profesional ar fi omniprezent, nu am mai ajunge, de exemplu, la măsuri excepționale retroactive, cum ar fi cea a amnistiei fiscale aflată în dezbateri și care foarte probabil va fi pusă și în practică. Chiar și această măsură este apreciată ca fiind, mai degrabă, una politicianistă, decât una de substanță, care să facă lucrurile să meargă mai bine, să asigure dezirabila certitudine a impunerii corecte.

Dintr-o altă perspectivă, în opinia noastră, toate aspectele prezentate dovedesc că societatea românească nu este încă pregătită să lucreze după principii, resimțind o nevoie acută de cât mai multe reguli, dar, atenție, care pot fi sau ar trebui să fie cât mai clare și analitice. Se ajunge astfel la discuția despre ultrareglementare, în condițiile în care statul român emite deja anual mii de acte normative. Echilibrul necesar nu poate fi dat decât prin aplicarea și interpretarea unitară a legii, fie că e vorba de cea a dreptului de autor, fie a celui fiscal. E de urmărit evoluția reglementărilor în domeniu fie și doar dacă avem în vedere că românii sunt creativi și originali din fire.

ROLUL ÎNTREBĂRILOR PRELIMINARE ÎN UNIFORMIZAREA DREPTULUI LA NIVELUL STATELOR MEMBRE*

*Conf. univ. dr. Gabriel Liviu ISPAS,
Cercetător postdoctoral al Facultății de Drept
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*

§ The role of preliminary ruling to secure uniformity of the EU legal order throughout the Member States

Abstract

The European Union justice system differs intrinsically from any other international jurisdiction, due to the unique structure of the Court of Justice of the European Union and to the exclusivity of jurisdiction conferred. Both the Treaties and the jurisprudence of the Court determine a dual cooperation between national courts and the CJEU with regard to matters arising from the application of EU law.

Unlike direct actions brought before the Court, the preliminary action is a sui generis procedure in the EU judicial process. Introduced by national courts to clarify issues related to the proper administration of a trial on the role, preliminary questions determine preliminary rulings, with an important role to secure uniformity of the EU legal order. The paper presents throughout the analysis some of the most recent preliminary references of the Romanian courts.

Keywords: *European Union justice, preliminary references, preliminary rulings, law uniformization, courts of law.*

1. Elemente preliminarii

Organizarea justiției în Uniunea Europeană, unică la nivel internațional prin cedarea efectivă de competențe de la state către Uniune și prin modalitatea de coexistență și cooperare cu justițiile naționale, presupune că în fața instanțelor stabilite prin tratat se pot introduce o serie de acțiuni de către state, instituții ale Uniunii, dar și de către particulari.

Una dintre aceste acțiuni, considerată a fi „bijuteria coroanei”¹⁾, este acțiunea preliminară ce survine existenței unei întrebări preliminare, formulate în fața unei

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

¹⁾ P. Craig, G. de Burca, *Dreptul Uniunii Europene*, ed. a IV-a, Ed. Hamangiu, 2009, p. 578.

instanțe naționale. Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene prevede: „Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la:

- a) Interpretarea tratatelor;
- b) Validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii²⁾.

Privită inițial ca o acțiune marginală, atipică pentru sistemul juridic național și european, acțiunea preliminară s-a dezvoltat în timp, devenind o modalitate eficientă de uniformizare a dreptului la nivel european și de conformare a acestuia cu normele europene. În același timp, este importantă și modalitatea prin care instanțele naționale, la solicitarea uneia din părți sau din oficiu, cere Curții de Justiție să se pronunțe privind actele legislative sau administrative emise de structurile europene.

În speța care a marcat evoluția Curții de Justiție, cunoscută în literatura de specialitate drept cauza Van Gend en Loos³⁾, instanța europeană reține că nu este posibil ca judecata Curții să se raporteze la modul în care un tratat este aplicat prin poziționare față de principiile specifice dreptului intern, ci exclusiv la dispozițiile tratatului (art. 267 TFUE, fost 234 TCE). O asemenea dispoziție are prioritate de aplicare în fața oricărei norme de drept național, indiferent cine invocă necesitatea sesizării Curții cu o întrebare preliminară.

2. Procedura trimiterilor preliminare

O întrebare preliminară poate apărea doar dacă o instanță națională este investită cu judecarea unui litigiu de drept intern. Chiar dacă prevederea tratatului nu este clară în privința noțiunii de instanță națională, Curtea a eliminat prin jurisprudența sa posibilitatea ca autoritățile administrative să introducă astfel de trimiteri. Pentru definirea noțiunii de instanță națională, curtea a avut în vedere o serie de factori determinanți, printre care modul de înființare a instanței, caracterul său permanent și existența unei jurisdicții obligatorii, existența unei proceduri în contradictorialitate, dar și independența sa⁴⁾. Astfel, autoritățile administrative au fost excluse de la posibilitatea evocării acestui mecanism⁵⁾. Nu același lucru se poate afirma atunci când se discută științific diferențierea dintre instanțele care fac parte din puterea judecătorească și instanțele cu competențe jurisdicționale. Indiferent de denumirile pe care le poartă în dreptul intern, acestea au dreptul/ obligația de a se adresa Curții de Justiție, stabilindu-și competența prin raportare la criteriile formulate de Curte, prezentate anterior⁶⁾. Acest aspect are semnificație prin raportare la supraaglomerarea Curții de Justiție cu cereri care sunt inadmisibile pe fond. Într-o asemenea situație, Regulamentul de procedură al Curții de Justiție

²⁾ Art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

³⁾ Cauza 26/62, *NV Algemeine Transport-en expeditie Onderneming van Gend & Loos*.

⁴⁾ Cauza C-53/03, cunoscută drept cauza *Syfait, C. Barnard, S. Peers, European Union Law*, Oxford University Press, 2014, p. 285.

⁵⁾ Cauza C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieugesellschaft/Bundesbaugesellschaft*, R. Schutze, *Dreptul Constituțional al Uniunii Europene*, Editura Universitară, 2012, p. 291.

⁶⁾ B. Andreșan-Grigoriu, *Procedura hotărârilor preliminare*, Ed. Hamangiu, 2010, p. 72-143.

stabilește că: „Atunci când Curtea este în mod vădit necompetentă să judece o cauză sau atunci când o cerere sau o cerere introductivă este în mod vădit inadmisibilă, Curtea poate oricând să decidă, după ascultarea Avocatului general, fără continuarea procedurii, să se pronunțe prin ordonanță motivată”⁷⁾.

Competența introducerii unei proceduri de întrebare preliminară aparține instanței naționale, din oficiu, la propunerea procurorului, în cazul în care participă, sau la solicitarea uneia dintre părțile litigante. Prin urmare, titularul întrebării va fi instanța, și nu părțile din respectivul proces. Textul tratatului și, ulterior, jurisprudența au arătat că dacă în cazul instanțelor supreme din stat, împotriva hotărârilor cărora nu se pot introduce recursuri, au obligația de a sesiza Curtea cu întrebări, în cazul instanțelor celelalte operează o facultate, o posibilitate de sesizare a Curții de Justiție, dacă judecătorul consideră necesar și util un asemenea demers. Împotriva deciziei judecătorului de a sesiza Curtea de Justiție cu o întrebare preliminară nu se poate face recurs la vreo instanță de drept național. Un astfel de demers ar contraveni dispoziției din tratat care conferă un drept autonom unei instanțe inferioare și ar îngreuna posibilitatea de cooperare între instanța europeană și o instanță din dreptul național⁸⁾.

Cuprinsul cererii unei instanțe naționale trebuie să cuprindă⁹⁾, pe lângă textul întrebării preliminare asupra căruia să se pronunțe Curtea, și o prezentare a obiectului litigiului național, circumstanțele pe care se bazează întrebarea, reglementările juridice naționale pe baza cărora ar putea să se soluționeze cauza, eventuale elemente de jurisprudență națională, motivarea care a determinat instanța națională să aibă îndoieli cu privire la validitatea sau interpretarea unor norme unionale sau legătura acestora cu elementele de legislație națională¹⁰⁾.

Existența unui litigiu aflat pe rolul instanței naționale este semnificativă pentru ca Curtea să poată să verifice dacă întrebarea este legitimă și reală, dacă motivarea cererii este temeinică și dacă elementele prezentate au semnificație și determină o competență reală a Curții. Jurisprudența Curții a fost determinantă încă din cauza 26/62 Van Gend&Loos, în elementele avute în vedere fiind și: „motivele care au putut determina alegerea întrebărilor de către o instanță națională, precum și pertinenta pe care aceasta o acordă respectivelor întrebări în cadrul unui litigiu dedus judecătii sale nu fac obiectul aprecierii Curții”¹¹⁾. Cu toate acestea, în cauza Foglia I¹²⁾ Curtea respinge solicitarea de hotărâre preliminară motivând că în cauză nu este un litigiu real, iar poziția procesuală a părților este artificială, ambele având interes în promovarea unui anumit tip de poziție a Curții. Chiar dacă hotărârea sa a fost criticată în jurisprudență, Curtea constată

⁷⁾ Art. 53 alin. (2) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție, G. Fabian, *Drept procesual al Uniunii Europene*, Ed. Hamangiu, 2014, p. 83.

⁸⁾ A se vedea cauza C-210/06, *Cartesio*, R. Shutze, *op. cit.*, p. 291-293.

⁹⁾ Domeniul de aplicare al trimiterii trebuie să aibă în vedere domeniul de aplicare materială, *ratione materiae*, dar și aspectul temporal al faptelor și al intrării în vigoare a normei de drept, *ratione temporis*.

¹⁰⁾ A se vedea art. 94-95 din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție.

¹¹⁾ Hotărârea Curții din 5.02.1963, cauza 26/62, B. Andrișan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 151.

¹²⁾ Hotărârea din 11 martie 1980, cauza 104/79.

că nu este competentă în a pronunța o hotărâre. Solicitată de instanța națională să emită o hotărâre preliminară pentru lămurirea primei decizii, la cele cinci întrebări formulate cu mai multă atenție și cu o justificare detaliată a utilității unei hotărâri a Curții, luând act de pozițiile exprimate temeinic de către părți, Curtea se declară competentă și reține că procedura întrebărilor preliminare se bazează pe o cooperare între instanța unională și instanța națională cu scopul unei bune interpretări și aplicări a dreptului european. Totodată, competența exclusivă a instanței naționale este de a aprecia utilitatea și eficiența pronunțării unei hotărâri preliminare, precum și de a decide sesizarea Curții Europene. Doar că sesizarea curții trebuie să fie temeinică și motivată, astfel încât aceasta să poată să verifice dacă sesizarea e de competența sa. Este introdusă astfel o nuanță privind divizarea competenței, judecata litigiului fiind în sarcina instanței naționale, doar în cazuri de dificultate de interpretare intervenind, în temeiul tratatului, Curtea de Justiție¹³⁾. Astfel, competența ultimă în aprecierea necesității trimiterii revine Curții, chiar și prin analize asupra aspectelor de fond și asupra conduitei și adevăratei intenții a părților.

În conformitate cu dispozițiile art. 23 din Statutul Curții de Justiție și cu prevederile art. 96 din Regulamentul de procedură, au posibilitatea legală de a depune observații în fața Curții părțile din litigiul principal național, statele membre, Comisia Europeană, precum și emitentul actului a cărui validitate sau interpretare face obiectul trimiterii. În cazuri punctuale, pot participa și alte state dacă este pus în discuție un act legislativ la care sunt asociate.

În cazuri bine determinate și motivate, la cererea instanței de trimitere sau din oficiu, după ascultarea judecătorului raportor și a avocatului general, președintele Curții poate dispune derularea procedurii accelerate¹⁴⁾. În cazul în care întrebarea preliminară are ca obiect o dispoziție referitoare la spațiul de libertate, securitate și justiție¹⁵⁾, președintele Curții poate dispune soluționarea prin utilizarea procedurii de urgență¹⁶⁾.

3. Obiectul trimiterii preliminare

Conform dispozițiilor tratatului, întrebările care pot determina o acțiune preliminară pot avea ca obiect fie existența și valabilitatea unui act legislativ european, fie modalitatea de interpretare a unui act legislativ european. Tratatul nu distinge între actele legislative de drept primar și actele derivate. Prin urmare, obiectul unei întrebări preliminare poate fi și tratatul, inclusiv orice tratat de modificare a tratatului inițial, dar și actele legislative derivate, emise de instituțiile Uniunii Europene, pe baza atribuțiilor conferite (indiferent că este vorba de regulamente,

¹³⁾ C. Barnard, *op. cit.*, p. 289.

¹⁴⁾ Cu respectarea dispozițiilor art. 105 și 106 din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție.

¹⁵⁾ Prevăzute în Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, partea a III-a, titlul V, art. 67-89.

¹⁶⁾ A se vedea art. 107-114 din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție.

decizii sau directive)¹⁷⁾. Trebuie remarcat că o întrebare preliminară poate să aibă ca obiect doar interpretarea unui act legislativ de drept primar, în timp ce referitor la normele de drept derivat¹⁸⁾ obiectul întrebării poate fi atât validitatea actului, cât și interpretarea lui¹⁹⁾. Tendința mai nouă a Curții este de a extinde sfera de cuprindere a întrebării preliminare și la conformitatea cu un act emis de un oficiu sau o agenție a Uniunii, alta decât instituțiile, dar și cu referire la actele juridice care nu au putere obligatorie²⁰⁾. Nu este exclus ca obiectul întrebării să fie interpretarea hotărârilor preliminare anterioare ale Curții²¹⁾. Respectând dispozițiile de procedură, Curtea de Justiție nu se va pronunța în legătură cu validitatea sau nelegalitatea unui norme de drept național, ci se va mărgini la a interpreta actul legislativ european. Totuși, în practică, întrucât cele mai multe întrebări preliminare se referă la compatibilitatea normelor interne cu dispozițiile legislative europene, prin hotărârea pronunțată de Curtea de Justiție nu se lasă judecătorului național decât posibilitatea de a declara că dispoziția națională nu este conformă cu dreptul european²²⁾.

Prin raportare la stadiul procesual al litigiului de drept național, întrebările preliminare pot fi adresate în cauze în care mai există o cale de atac împotriva hotărârii de fond, caz în care instanța nu are obligația de a trimite întrebarea preliminară, și cauze în care litigiul nu are cale de atac, caz în care instanța națională are obligația de a formula o întrebare preliminară. Totuși, obligația instanței nu este o obligație absolută, aceasta având posibilitatea de a considera că nu este nevoie de formularea unei întrebări pentru cauza dedusă judecății²³⁾.

Analizând obiectul posibilei întrebări preliminare, judecătorul național trebuie să realizeze o cercetare pertinentă a următoarelor aspecte: dacă dreptul uniunii este aplicabil în cauză, dacă trimiterea preliminară este adresată unei instanțe de trimitere, dacă obiectul întrebării este determinant în cauză și fără lămurirea acestui aspect nu se poate soluționa cauza, dacă asupra acelu aspect nu există deja o hotărâre preliminară dată într-o cauză anterioară²⁴⁾. În cazul în care se pune în

¹⁷⁾ P. Craig, *op. cit.*, p. 580.

¹⁸⁾ O abordare aparte este cea referitoare la directivă. Având în vedere că aceasta stabilește o normă care trebuie să fie transpusă de către state în legislația proprie, data intrării în vigoare are semnificație doar pentru începerea termenului de transpunere. Înainte de finalizarea acestui termen particularii nu au posibilitatea de a o invoca în litigii. Ulterior, dacă se constată că norma de transpunere este corect făcută, aceasta se va putea folosi în instanță. În cazul în care justițiabilul consideră că transpunerea nu este corectă sau completă poate invoca aplicarea directivei în locul normei de transpunere în litigiile în care cealaltă parte este statul.

¹⁹⁾ M. Șandru, M. Banu, D. Călin, *Procedura întrebării preliminare. Principii de drept al Uniunii Europene și experiențe ale sistemului român de drept*, Ed. C.H. Beck, 2013, p. 22-23.

²⁰⁾ Cauza C-322/88 *Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles*, 1989, ECR I-4407.

²¹⁾ B. Andreșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 226-227.

²²⁾ A. Albers-Llorens, *Judicial protection before the Court of Justice of the European Union*, în *European Union Law*, Ed. Oxford University Press, 2014, p. 286-287.

²³⁾ B. Andreșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 220.

²⁴⁾ Inclusiv instanța românească a avut în vedere actul clarificat de Curte într-o sesizare anterioară, precum și actul clar, asumându-și competența de a le aplica: dosar nr. 43963/3/2011, Tribunalul București. Pentru detalii, M. Șandru, M. Banu, D. Călin, *Refuzul instanțelor naționale de a trimite întrebări preliminare*, Ed. C.H. Beck, 2013, p. XXVII-XXX.

discuție validitatea unui act derivat european, trebuie verificat și dacă nu era posibilă o acțiune directă privind procedura anulării²⁵⁾.

Totodată, confruntată cu o cerere de trimitere a unei întrebări preliminare, instanța poate să constate că problematica este atât de clară încât o asemenea procedură nu se justifică. În cauza 283/81²⁶⁾, Curtea ia în discuție următoarele aspecte pe care instanța de judecată trebuie să le aibă în vedere atunci când refuză trimiterea unei întrebări preliminare: dacă aplicarea corectă a dreptului Uniunii nu lasă loc unor posibile îndoieli rezonabile, dacă analiza comparativă a versiunilor lingvistice este identică (cu atât mai mult cu cât toate traducerile în limbile oficiale ale statelor au aceeași putere juridică), dacă terminologia este corect utilizată (în contextul în care uneori terminologia din dreptul Uniunii nu este identică cu cea din dreptul național, sau aceeași expresie terminologică nu are același înțeles în cele două sisteme), iar interpretarea este atât teleologică, cât și gramaticală și contextuală. Chiar dacă posibilitatea refuzului realizării unei trimiteri a suscitât comentarii și evaluări critice²⁷⁾, dezvoltarea sistemului judiciar al Uniunii a ținut cont de cele trei noi concepte introduse de practica Curții de Justiție în consens cu instanțele naționale: precedentul judiciar de reglementare sau interpretare, actul clar și delegarea sectorială. Prin cele trei concepte, judecătorul național se manifestă ca un judecător al Uniunii Europene, chiar dacă există constrângeri și limitări firești. Chiar dacă scopul inițial al Curții ar fi putut fi crearea unui raport de supraordonare între instanța de drept a uniunii și instanța națională prin cooperarea dintre instanța uniunii și instanțele naționale, efectul este de a lăsa în competența statelor cazurile de interpretare ușoare. Chiar dacă scepticismul pornește de la ideea pervertirii unității și crearea unei posibilități de polarizare și de aplicare neuniformă, trebuie avut în vedere că instanțele naționale au constrângeri evidente, ele având posibilitatea de acțiune directă doar dacă aspectele sunt extrem de clare. Iar riscul unui abuz, chiar dacă teoretic există această posibilitate, este destul de redus, atât timp cât statele pot fi chemate în fața Curții de Justiție pentru constatarea neîndeplinirii atribuțiilor.

Delegarea responsabilității către instanțele naționale determină o scădere a costurilor bugetare ale Uniunii, generează o atenție sporită a Curții la spețele care sunt cu adevărat semnificative și poziționează pas cu pas instanța națională ca o primă instanță a Uniunii, cu consecințe în privința unui potențial federalism judecătoresc²⁸⁾.

4. Efectul și natura hotărârii preliminare

Trimiterea preliminară nu are caracterul unei acțiuni de atac împotriva unei hotărâri judecătorești pronunțate în dreptul intern și nu creează drepturi sau

²⁵⁾ A. Albors-Llorens, *op. cit.*, p. 287-289; B. Andreșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 228-253.

²⁶⁾ Cauza 283/81 *CILFIT și Lanificio di Gavardo c. Ministerului Sănătății*, 1982, ECR 3415, *apud* P. Craig, *op. cit.*, p. 594-597.

²⁷⁾ Criticile sunt prezentate amplu în P. Craig, *op. cit.*, p. 590-600, M. Șandru, M. Banu, D. Călin, *Refuzul instanțelor naționale de a trimite întrebări preliminare*, Ed. C.H. Beck, 2013, p. XXVII-XXXVIII.

²⁸⁾ R. Schutze, *op. cit.*, p. 294-297.

obligații pentru părțile litigante. Ele sunt un instrument la dispoziția instanțelor care le ajută în o corectă și temeinică aplicare a dispozițiilor legislative europene, pe baza efectului direct și imediat, în litigii care le sunt aduse spre soluționare. Hotărârea Curții este obligatorie, dar nu pentru părțile din litigiu, ci pentru instanțele de judecată care au făcut respectiva trimitere. Obligația nu privește modul în care instanța națională va soluționa litigiul, ci modul în care va fi interpretată norma legislativă care a făcut obiectul trimiterii. Problema extinderii efectelor unei astfel de hotărâri erga omnes este controversată și disputată de adepții common law, care consideră că precedentul și actul clar determină o jurisprudență obligatorie pentru toate instanțele statelor și adepții teoriei dreptului civil care consideră că hotărârile preliminare nu generează un nou drept, ci că interpretarea este făcută doar pe texte legale preexistente, a căror valoare nu se schimbă odată cu adoptarea unei hotărâri prealabile. Astfel, considerăm că o hotărâre nu e o decizie, nu devine un act legislativ al Uniunii și că raportul de cooperare între instanța europeană și cea națională rămâne una orizontală, nu verticală. Chiar dacă o instanță națională se declară lămurită într-o problemă sesizată prin documentarea și lecturarea unor hotărâri preliminare anterioare, decizia este la latitudinea sa, nu este o obligație care îi incumbă în temeiul vreunei norme procedurale. Așa cum Curtea de Justiție în practica sa nu s-a pronunțat pentru că întrebarea fie era strict ipotetică, fie pentru că nu era relevantă și pertinentă pentru cauza supusă judecării în dreptul intern, fie pentru că nu era clar și precis formulată, tot la fel și instanța națională își rezervă dreptul de a se declara pe deplin lămurită în legătură cu modalitatea de aplicare a unei norme europene. Această abordare este utilă și prin raportare la celeritatea soluționării litigiilor care ar putea fi tergiversate prin adresarea de întrebări nerelevante, dar care determină suspendarea procesului. Consider astfel că teoria funcționalismului este mult mai potrivită pentru a lămuri relația de cooperare între instanța națională și cea a Uniunii și pentru a clarifica forța juridică de aplicare a unei hotărâri preliminare.

5. Experiențe naționale privind trimerile preliminare

Chiar dacă România are calitate de membru al Uniunii Europene doar de opt ani, instanțele naționale au fost active în a utiliza procedura trimiterilor preliminare, atunci când au considerat că acestea se impun pentru soluționarea unor litigii naționale²⁹⁾. Dintr-un total de 8710 trimiteri preliminare introduse până la 31 decembrie 2014, 91 sunt introduse de România, activitatea instanțelor naționale românești fiind în primele trei state care au aderat după 2004. Din totalul de 91 de trimiteri preliminare, 7 au fost introduse de Înalta Curte de Casație și Justiție, 45 de Curțile de Apel și 31 de alte instanțe judecătorești sau jurisdicționale³⁰⁾. Curtea Constituțională a rămas rezervată în privința posibilității de a uza de trimerile

²⁹⁾ http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/ro_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf.

³⁰⁾ Din cele 91 de trimiteri preliminare, 62 sunt cuprinse în 3 volume intitulate *Trimerile preliminare ale instanțelor din România*, Ed. Universitară, 2014, sub coordonarea autorilor M. Șandru, M. Banu, D. Călin. Volumele prezintă și modul în care au soluționat instanțele naționale litigiile în care au fost formulate trimiteri preliminare.

preliminare, chiar dacă la nivel european se constată că sunt Curți Constituționale cu o bogată activitate în acest domeniu³¹⁾. Cele mai multe trimiteri preliminare din România au vizat conformitatea legislației interne cu normele europene în domeniul taxei de poluare cu ocazia primei înmatriculări, aplicarea taxei pe valoare adăugată, clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, reducerea salariului personalului din unități bugetare și aplicarea mandatului european de arestare. La nivelul anului 2014, din totalul de 428 de trimiteri preliminare introduse la Curte, cele mai multe au vizat următoarele domenii: 54 fiscalitate, 49 spațiul de libertate, securitate și justiție, 34 protecția consumatorilor, 26 libertatea de stabilire și 20 achizițiile publice.

La nivel național se constată insistența cu care Guvernul încearcă să impună diverse formule de taxe de poluare/taxe de primă înmatriculare pentru autoturisme, toate considerate a fi neconforme cu normele legislative ale Uniunii Europene. Recent, prin hotărârea C-76/14 Manea vs. statul român, Curtea de justiție a stabilit că art. 110 TFUE trebuie interpretat în sensul în care nu se opune ca un stat membru să instituie o taxă pe autovehicule care se aplică autovehiculelor rulate importate cu ocazia primei lor înmatriculări în statul membru și autovehiculelor deja înmatriculate cu ocazia primei transcrieri în același stat a dreptului de proprietate, dar că se opune ca statul respectiv să scutească de la această taxă autovehiculele deja înmatriculate pentru care a fost plătită o taxă în vigoare anterior, declarată incompatibilă cu dreptul Uniunii³²⁾.

6. Concluzii

Introducerea în tratat a posibilității exercitării unei trimiteri preliminare reprezintă o reușită a mecanismului european care a condus la o dezvoltare fără precedent a dreptului uniunii și la simplificarea și uniformizarea aplicării acestuia la nivelul statelor membre. Fără a avea un sistem de tip federal, în care să existe o coordonare verticală a procesului jurisdicțional, procedura întrebării preliminare creează premisele viitoarelor dezvoltări europene, poate chiar într-o manieră federală.

Rolul Curții de Justiție de a interpreta normele din dreptul Uniunii nu este atât de abstract pe cât își doresc adepții statului-națiune, care ar dori ca orice atribuție a Curții să nu influențeze desfășurarea litigiilor din statele membre. În același timp, nu este nici atât de dezvoltat încât să creeze relații pe vertical, de subordonare, care să înlocuiască relațiile bilaterale cu relații multilaterale între participanții la actul de justiție.

Rolul instanțelor naționale rămâne de a se pronunța în litigiile cu care sunt investite spre judecare, iar aplicarea corectă a normelor de drept ale Uniunii Europene este doar o condiționalitate firească în situația în care grija pentru asigurarea protecției drepturilor individului este esențială în orice litigiu.

³¹⁾ Conform raportului anual al Curții de Justiție a Uniunii Europene pentru anul 2014, Curtea Constituțională a Belgiei a introdus 30 de acțiuni preliminare, Curtea Constituțională a Austriei 5, Italia 2, Lituania 1, Spania, 1, Franța 1.

³²⁾ <http://iaduer.ro/?p=1928>, citat în data de 15 martie 2015.

Cooperarea dintre instanțele naționale (indiferent de gradul lor) și Curtea de Justiție este directă, în sensul în care acestea contribuie la o corectă interpretare a actelor legislative europene, judecătorii naționali fiind chemați să se comporte ca veritabili judecători ai Uniunii.

Evident că procedura întrebărilor preliminare este una care generează costuri și implicare de resurse, însă idealul aplicării dreptului în mod egal, oriunde pe teritoriul european, este superior oricărei problematici financiare sau birocratice.

Criticii acestei proceduri vorbesc fie de o suprapunere de activități, fie de o încălcare a principiului atribuirii, fie de o supraaglomerare a Curții cu chestiuni redundante, fără un conținut real, iar principiul dacă vine unul să vină toți este contraproductiv pentru o bună și judicioasă organizare a instanțelor unionale. Consider că parțial aceștia au dreptate. Excesele trebuie combătute, mecanismele trebuie să fie continuu adaptate și eficientizate pentru ca justițiabilul, particularul, să nu fie prejudiciat în dreptul său.

Instanțele naționale au dobândit încredere în interpretările formulate de Curtea de Justiție, astfel încât se constată că nu doar la nivel național instanțele motivează invocând și elemente de jurisprudență și interpretare date în alte cazuri pe care le consideră importante pentru cauza dedusă judecării. Trimiterile preliminare dovedesc, pe de o parte, voința de interpretare unitară, iar pe de altă parte, că judecătorul național a înțeles care este rolul său raportat la aplicarea legislației europene.

Ca o concluzie generală, putem constata că utilizarea procedurilor preliminare conduce la o ameliorare, simplificare și uniformizare de aplicare ale normelor de drept european și aduce justiția europeană mai aproape de justițiabil, asigurându-se o protecție reală și efectivă a drepturilor sale procesuale.

UZUCAPIUNEA TABULARĂ ÎN CODUL CIVIL. MOD DE OPERARE

Asist. univ. dr. Irina Olivia CĂLINESCU
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova

§ Land Book Registration Prescription in Civil Code. The way it operates

Abstract

The present article aims to examine the effects produced by the Land Book Registration Prescription as regulated by the new Civil Code, namely Law no. 287/2009, which entered into force on 1st October 2011. The legal scholars have developed several opinions regarding the way that the Land Book Registration Prescription operates, opinions which will be extensively analyzed in the present study. The acquisitive prescription represents a way of acquiring ownership of a movable or immovable, by possession throughout the period specified by law. The usucapio extra tabulam is regulated by article 931, while the usucapio secundum tabulam, which represents the main interest of this study, is regulated by article 931 of the new Romanian Civil Code.

Key words: Civil Code, acquisitive prescription, secundum tabulam prescription, Land Book.

Textul care interesează prezentul studiu este reprezentat de art. 931 C. civ. potrivit căruia: „(1) Drepturile celui care a fost înscris, fără cauză legitimă, în cartea funciară, ca proprietar al unui imobil sau titular al unui alt drept real, nu mai pot fi contestate când cel înscris cu bună-credință a posedat imobilul timp de 5 ani după momentul înregistrării cererii de înscriere, dacă posesia sa a fost neviciată. (2) Este suficient ca buna-credință să existe în momentul înregistrării cererii de înscriere și în momentul intrării în posesie”.

În debut, trebuie menționat faptul că, așa cum s-a arătat în doctrină, uzucapiunea reprezintă un mod de dobândire a dreptului de proprietate sau a unui alt drept real prin posedarea unui bun de către o persoană cu respectarea condițiilor legale¹⁾. S-a

¹⁾ C. Birsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 386; I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 281; M. Nicolae, *Uzucapiunea tabulară în noul Cod civil. Aspecte de drept material și de drept tranzitoriu (intertemporal)*, în *Dreptul* nr. 3/2013, p. 14; I. O. Călinescu, *Posesia și efectele sale juridice*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 179-180; D. Dima, *Uzucapiunea. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 206; ÎCCJ, s. I. civ., dec. nr. 560 din 1 februarie 2012, www.scj.ro.

arătat, de asemenea, că simpla îndeplinire a condițiilor legale de către posesor nu este suficientă pentru dobândirea proprietății, fiind totodată necesară și exercitarea pozitivă a dreptului potestativ de opțiune cu privire la uzucapiune²⁾.

Reglementarea uzucapiunii este asigurată de dispozițiile art. 929-934 din Capitolul III - Efectele posesiei, Titlul VIII - Posesia.

În raport cu obiectul său, legiuitorul distinge între uzucapiunea imobiliară, consacrată de art. 930-934, și uzucapiunea mobilă, consacrată de art. 939. Dobândirea bunurilor imobile prin prescripția achizitivă este reglementată în codificarea civilă într-o variantă asemănătoare uzucapiunii imobiliare așa cum este conturată de Decretul-lege nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare³⁾, păstrându-se concepția referitoare la felurile uzucapiunii, respectiv extratabulară și tabulară, diferența constând însă în reducerea termenelor de la douăzeci de ani la zece ani, în cazul uzucapiunii extratabulare, și, respectiv, de la zece ani la cinci ani, în cazul uzucapiunii tabulare⁴⁾.

Revenind la tema centrală a acestui articol, trebuie subliniat că uzucapiunea tabulară reprezintă un mod de dobândire a unui drept real principal asupra unui bun imobil, prin posedarea neîntreruptă a acestuia timp de cel puțin 5 ani, cu îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege⁵⁾.

Denumirea uzucapiunii reglementată de art. 931 alin. (1) are în vedere faptul că acest tip de prescripție achizitivă operează în favoarea persoanei care este înscrisă în cartea funciară⁶⁾.

Așa cum arată textul de lege cuprins în art. 931 alin. (1), uzucapiunea tabulară are drept principală consecință dobândirea dreptului de proprietate sau a unui dezmembrământ⁷⁾ al acestuia, drept înscris în cartea funciară, fără cauză legitimă.

Uzucapiunea imobiliară tabulară este condiționată de îndeplinirea următoarelor cerințe⁸⁾: a. existența unui drept real principal, înscris în cartea funciară în absența unei cauze legitime; b. existența unei posesii neviciate și de bună-credință; c. durata posesiei să fie de minimum 5 ani.

²⁾ V. Stoica, *Dreptul potestativ de uzucapiune imobiliară extratabulară*, în RRDP nr. 3/2013, p. 10; V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 346-347; a se vedea și D. Dima, *op. cit.*, p. 206.

³⁾ Publicat în M. Of. nr. 95 din 27 aprilie 1938 și abrogat prin art. 230 lit. g) LPA.

⁴⁾ Pentru o tratare complexă a uzucapiunii în lumina Decretului-lege nr. 115/1938, a se vedea V. Stoica, *Uzucapiunea tabulară și uzucapiunea extratabulară*, în *Dreptul* nr. 6/2006, p. 9-33 și pentru problematica legii aplicabile a se vedea D.C. Ungur, *Legea aplicabilă acțiunilor în constatarea dobândirii prin uzucapiune a dreptului de proprietate asupra unui imobil situat în zona de incidență a Decretului-lege nr. 115/1938, introduse după intrarea în vigoare a Legii nr. 7/1996*, în *Dreptul* nr. 6/2007, p. 71-83.

⁵⁾ I.O. Călinescu în F.I.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, p. 1034.

⁶⁾ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 465.

⁷⁾ Pentru o analiză amănunțită a materiei dezmembrămintelor dreptului de proprietate a se vedea S. Cercel în F.I.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, p. 805-866.

⁸⁾ E. Chelaru, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea NCC*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 436; C. Drăgușin, *Comentariile Codului civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 173 și urm.

Referitor la prima condiție, respectiv înscrierea în cartea funciară în absența unei cauze legitime, trebuie menționat că textul de lege are în vedere faptul că titlul în baza căruia s-a realizat înscrierea nu îndeplinește condițiile de valabilitate cerute de lege. Întrucât nerespectarea condițiilor de valabilitate a actului juridic civil se sancționează în raport de natura interesului ocrotit cu nulitatea absolută, în cazul nesocotirii unui interes public, respectiv cu nulitatea relativă, în cazul nesocotirii unui interes privat, înseamnă că titlul de dobândire poate fi afectat de oricare dintre cele două sancțiuni, de nulitate relativă sau de nulitate absolută. Incidența nulității relative este restrânsă, pentru că un titlu anulabil se consolidează în termenul general de prescripție de trei ani și, ca atare, un interes în acest domeniu se poate justifica în cazul în care cursul prescripției extinctive este afectat de suspendare sau întrerupere și, astfel, termenul de 5 ani pentru dobândirea proprietății poate fi inferior duratei termenului de prescripție extinctivă. În concluzie, vom avea în vedere în principal înscrierile făcute în baza unui act juridic având un obiect ilicit, o cauză ilicită sau imorală, a unui act juridic încheiat fără respectarea formei cerute pentru valabilitatea acestuia, precum și înscrierile făcute în baza unui act juridic provenind de la un non-dominus⁹⁾.

S-a arătat că „numai înscrierile nevalabile ab initio îndeplinesc condicio iuris cerută pentru incidența acestui caz de uzucapiune, iar nu și înscrierile valabile în principio, la data intabulării, dar care devin, ulterior și în baza unor cauze sau motive viitoare, lipsite de eficacitate juridică”¹⁰⁾.

Ca și în situația uzucapiunii extratabulare, pentru a produce efecte juridice posesia trebuie să fie utilă, respectiv să nu fie afectată de vicii: discontinuitate, violență și clandestinitate. În aceste condiții, posesia viciată sau detenția precară, oricare ar fi desfășurarea acestora în timp, nu pot duce la dobândirea dreptului de proprietate sau a unui dezmembrământ al acestuia prin uzucapiune tabulară.

Termenul se va considera împlinit în ziua corespunzătoare celei în care termenul a început să curgă din cel de-al 5-lea an [art. 2.552 alin. (1) C. civ.]. Zilele de sărbători legale vor intra în calculul termenului, însă în cazul în care ultima zi a termenului este o zi nelucrătoare, termenul se consideră împlinit la sfârșitul primei zile lucrătoare care îi urmează (art. 2.554 C. civ.).

Referitor la condiția bunei-credințe, în doctrină s-a arătat că este de bună-credință „posesorul care nu a cunoscut și nici nu trebuia să cunoască lipsa calității de proprietar a înstrăinătorului și nici viciile care afectează titlul său de proprietate, respectiv cauza de nulitate a actului încheiat cu înstrăinătorul”¹¹⁾.

În concluzie, posesorul va fi considerat de rea-credință în următoarele situații: din înregistrarea în cartea funciară reiese că înstrăinătorul nu este titularul dreptului, pentru că au încetat condițiile de existență ale acestuia (spre exemplu nu s-a împlinit condiția suspensivă); la momentul înregistrării cererii era notată o acțiune prin care se contestă cuprinsul cărții funciare; posesorul a cunoscut pe altă cale că actul translativ sau constitutiv de drepturi nu este valabil; posesorul a cunoscut pe altă cale inexactitatea cuprinsului cărții funciare¹²⁾.

⁹⁾ M. Nicolae, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁾ *Idem*, p. 21.

¹¹⁾ *Idem*, p. 24.

¹²⁾ *Idem*, p. 25.

Trebuie subliniat faptul că legiuitorul prevede în mod expres că buna-credință trebuie să existe în momentul înregistrării cererii de înscriere a dreptului real în cartea funciară și în momentul intrării în posesia bunului. Posesorul nu trebuie să facă dovada bunei sale credințe, pentru că, potrivit art. 14 alin. (2) C. civ., buna-credință se prezumă. Totuși, trebuie avute în vedere și prevederile art. 883 alin. (1) C. civ. potrivit cărora „orice persoană, fără a fi ținută să justifice vreun interes, poate cerceta orice carte funciară, precum și celelalte documente cu care aceasta se întregește, potrivit legii” și, de asemenea, prevederile art. 883 alin. (3) C. civ. potrivit cărora „nimeni nu va putea invoca faptul că nu a avut cunoștință de existența vreunei înscrieri efectuate în cartea funciară sau, după caz, a unei cereri de înscriere înregistrate la biroul de cadastru și publicitate imobiliară”.

Îndeplinirea condițiilor menționate mai sus are drept principal efect validarea cauzei nelegitime care a stat la baza înscrierii în cartea funciară a dreptului de proprietate sau a unui alt drept real principal. Producerea efectului achizitiv coincide cu momentul înregistrării cererii de înscriere a dreptului în cartea funciară. Ca atare, nu prezintă nicio importanță data intrării în posesia bunului.

În concluzie, efectul achizitiv și efectul extinctiv nu se mai produc în cazul uzucapiunii imobiliare tabulare, având în vedere că uzucapiunea tabulară validează cauza inițial nelegitimă a înscrierii dreptului în cartea funciară¹³⁾. Este evident că efectul achizitiv are drept obiect dreptul de proprietate asupra bunului imobil, în cazul în care posesorul a fost înscris în cartea funciară ca proprietar al acestuia, sau va avea ca obiect un dezmembrământ al dreptului de proprietate în cazul în care posesorul a fost înscris ca titular al unui dezmembrământ în cartea funciară.

În doctrină¹⁴⁾ s-a exprimat și ideea potrivit căreia, în realitate, nu ar fi incidentă o validare a unui titlu nevalabil, ci, dimpotrivă, o veritabilă uzucapiune, deoarece titlul nevalabil în temeiul căruia s-a efectuat înregistrarea inițială în cartea funciară reprezintă o simplă condiție a uzucapiunii tabulare, iar nu fundamentul dobândirii dreptului real. Potrivit acestei opinii, posesorul devine proprietar sau titular al unui dezmembrământ al dreptului de proprietate de la data cererii ulterior făcute în temeiul unei acțiuni în justiție. Această afirmație este susținută de faptul că uzucapiunea operează numai la cererea persoanei interesate¹⁵⁾. S-a arătat că această opinie nu poate avea fundament legal pentru că, în mod nejustificat, condiționează efectul achizitiv al dreptului de proprietate sau al unui dezmembrământ al acestuia de o acțiune în uzucapiune și o nouă înscriere în cartea funciară¹⁶⁾. În doctrină s-a exprimat opinia că, la expirarea termenului de 5 ani, „o acțiune de fond prin care se poate contesta înscrierea sau actul ori faptul care a stat la baza înscrierii devine lipsită de suport juridic, iar o acțiune în rectificarea intabulării devine inadmisibilă, astfel încât de la această dată se poate spune că uzucapantul poate opune cu succes beneficiul uzucapiunii, fiind prezumat adevăratul titular al dreptului înscris în folosul său”¹⁷⁾.

¹³⁾ V. Stoica, *Dreptul potestativ de uzucapiune imobiliară extratabulară*, p. 10.

¹⁴⁾ Tr. Dârjan, *În legătură cu efectele uzucapiunii reglementate de Decretul-lege nr. 115/1938 privind unificarea dispozițiilor referitoare la cărțile funciare în raport cu prevederile noului Cod civil*, în *Dreptul* nr. 3/2010, p. 200.

¹⁵⁾ *Idem*, p. 200.

¹⁶⁾ M. Nicolae, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷⁾ *Idem*, p. 29.

EXECUTAREA HOTĂRĂRIILOR JUDECĂTOREȘTI ȘI A ALTOR TITLURI EXECUTORII, CONDIȚIE IMPERATIVĂ A SISTEMULUI JUDICIAR CARACTERIZAT DE PREEMINENȚA DREPTULUI*

Dr. Oana-Maria BĂLAN (GÎRLEȘTEANU)
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova

§ The Execution of Judiciary Decisions and Other Enforceable Titles, an Imperative Condition of the Judicial System Charac- terised by the Preeminence of Law

Abstract

A judicial decision or any other enforceable title that cannot be brought into enforcement not only will it not bring a real advantage to whom has won the trial, but it will also cause them a new sorrow due to the fact that their judicial intervention has been useless. The conclusion according to which the execution is as important as the trial, and the judge and the executor both become main actors in the settlement of an equitable trial thus becomes undisputed. The European Court has pronounced itself in this respect by ruling that the right to access to justice remains illusionary, if the internal legal order of a contracting state allows a final and binding judicial decision to remain inoperative in the detriment of one party. As a result of this, the European court has instituted the obligation, as it lies on each contracting state, to create an adequate and sufficient judicial arsenal which could ensure the effective implementation of the enforceable titles by reasonable deadlines.

Consequently, the Court affirms in principle that the state holds itself responsible for the non-execution of judicial decisions or other enforceable titles, an imperative condition in an internal judicial system characterised by the pre-eminence of law. Moreover, the same Court rules that the sentenced state will be liable inclusively for the moral prejudice brought about to the party.

Keywords: forced execution, judicial executor, judicial decision, enforceable title, equitable process, free access to justice, reasonable deadline.

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/133255, proiect strategic ID 133255 (2014), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

1. Executarea silită, instituție fundamentală a dreptului procesual civil

Orice persoană aflată în posesia unui titlu executoriu dorește să obțină, într-un termen rezonabil, satisfacerea efectivă și concretă a drepturilor și intereselor sale civile. Prin urmare, activitatea de executare silită reprezintă unul dintre instrumentele cele mai semnificative de măsurare a eficienței actului de administrare a justiției. Acest lucru rezultă ca fiind evident și prin prisma faptului că o hotărâre judecătorească sau oricare alt titlu executoriu care nu poate fi adus la îndeplinire nu doar nu va aduce niciun avantaj real celui care a câștigat procesul, dar îi aduce o nouă amărăciune, dată fiind împrejurarea că demersul său judiciar a fost inutil¹⁾. Se ajunge, astfel, la concluzia că executarea este la fel de importantă ca și judecata, iar judecătorul și executorul devin actorii principali în soluționarea unui proces echitabil. În acest sens s-a pronunțat și Curtea Europeană, statuând că dreptul de acces în justiție rămâne iluzoriu, dacă ordinea juridică internă a unui stat contractant permite ca o hotărâre judecătorească definitivă și obligatorie să rămână inoperantă în detrimentul unei părți²⁾. Este și rațiunea pentru care instanța europeană a instituit obligația în sarcina fiecărui stat contractant de a crea un arsenal juridic adecvat și suficient care să asigure punerea în executare efectivă și într-un termen rezonabil a titlurilor executorii. Prin urmare, Curtea afirmă cu titlu de principiu că statul se face responsabil pentru neexecutarea hotărârilor judecătorești sau a altor titluri executorii, o condiție imperativă într-un sistem judiciar intern caracterizat de preeminența dreptului.

Existența executării silite își găsește justificarea în realitatea concretă a societății noastre, caracterizată de faptul că simpla recunoaștere a dreptului creditorului și nici măcar, în cele din urmă, obligarea debitorului printr-o hotărâre judecătorească rămasă definitivă nu sunt suficiente pentru ca un creditor să își vadă executată obligația de către debitorul său³⁾. Aceasta este și rațiunea pentru care hotărârea judecătorească este investită cu forță executorie, pentru a putea permite creditorului să apeleze la procedura de executare silită. Această procedură este mijlocită de un executor judecătoresc, care, deși exercită o profesie liberală, îndeplinește un serviciu de interes public și emite acte de autoritate publică⁴⁾. Potrivit reglementărilor din Codul de procedură civilă, scopul procedurii de executare silită este realizarea dreptului recunoscut prin titlul executoriu, achitarea dobânzilor, penalităților sau a altor sume acordate potrivit legii prin titlu, precum și a cheltuielilor de executare, scop ce este asigurat printr-un rol activ al executorului judecătoresc⁵⁾. Rolul activ al

¹⁾ I. Gârbuleț, *Executarea silită directă*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 11.

²⁾ E. Oprina, I. Gârbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită, vol. I, Teoria generală și procedurile execuționale. Conform noului Cod de procedură civilă și noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București 2013, p. 49.

³⁾ G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 884; V.M. Ciobanu, G. Boroș, T.C. Briciu, *Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 476; E. Poenaru, C. Murzea, *Profesiile juridice liberale*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 323.

⁴⁾ Gh. Moroianu, *Statutul profesiilor liberale*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 237.

⁵⁾ Potrivit art. 627 alin. (1) C. civ., în tot cursul executării silite, executorul judecătoresc este obligat să aibă un rol activ. Aceasta înseamnă că rolul activ al executorului judecătoresc

executorului judecătoresc presupune un ansamblu de prerogative procesuale care au ca scop fundamentarea activității de executare silită.

2. Responsabilitatea statului în aducerea la îndeplinire a unui titlu executoriu

Statul este cel care este ținut să gestioneze activitatea de executare silită. El trebuie să acorde o importanță majoră modului de reglementare a instituțiilor și a agenților de executare. Însă rolul statului în executarea silită trebuie înțeles într-un sens mai larg decât acela de asigurare a cadrului normativ necesar desfășurării acestei activități. Codul de procedură civilă⁶⁾ nu prevede că statul are un rol activ în executarea silită, dar stabilește în sarcina acestuia obligația pozitivă de a asigura, prin agenții săi, executarea în mod prompt și efectiv a hotărârilor judecătorești și a titlurilor executorii⁷⁾. Rolul statului este același, indiferent că se execută o hotărâre judecătorească sau un alt titlu executoriu, cum ar fi un act autentificat de notar care constată o creanță certă, lichidă și exigibilă.

Obligația de a organiza activitatea de executare silită, asumată de statele democratice, are la bază principiul precum: principiul legalității, principiul protecției debitorului în efectuarea executării silite, principiul rolului activ al executorului judecătoresc, principiul dreptului la un proces echitabil în faza executării silite, principiul publicității și celerității procedurii de executare⁸⁾. Prin urmare, un stat

este o obligație, și nu o opțiune. Iar dacă acest funcționar public nu va face uz de acest rol în desfășurarea procedurii executării silite, se va face responsabil potrivit dispozițiilor legii. În virtutea rolului activ al executorului judecătoresc, pe tot parcursul executării, acesta este obligat să aibă un rol activ, stăruind, prin toate mijloacele admise de lege, pentru realizarea integrală și cu celeritate a obligației prevăzute în titlul executoriu, fiind ținut de respectarea prevederilor legale, a drepturilor părților și ale altor persoane interesate. Mai mult, în situația în care executorul apreciază că este în interesul executării, va putea să îi ceară debitorului, în condițiile legii, lămuriri în scris în legătură cu veniturile și bunurile sale, inclusiv cele aflate în proprietate comună pe cote-părți sau în devălmășie, asupra cărora se poate efectua executarea, cu arătarea locului unde se află acestea. De altfel, executorul judecătoresc încearcă să determine pe debitor să își execute de bunăvoie obligația sa, evidențindu-i consecințele la care s-ar ajunge în cazul continuării executării silite, precum și cuantumul estimativ al cheltuielilor de executare. De altfel, refuzul nejustificat al debitorului de a se prezenta ori de a oferi lămuririle necesare, cât și reau-credință în darea de informații incomplete sau eronate, atrag răspunderea acestuia pentru toate prejudiciile cauzate.

- ⁶⁾ Preluând jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, noul Cod de procedură civilă stabilește în alin. (2) al art. 6 că dispozițiile alin. (1) al aceluiași articol privitoare la „dreptul la un proces echitabil, în termen optim și previzibil” se aplică în mod corespunzător și în faza executării silite. Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în materia executării silite este constantă în sensul că executarea unei hotărâri judecătorești trebuie privită ca parte integrantă a noțiunii de proces, prevăzută în art. 6 din Convenție. Dreptul de acces la o instanță ar fi iluzoriu dacă ordinea juridică a unui stat ar permite ca o decizie judiciară definitivă și obligatorie să rămână neoperantă în detrimentul uneia dintre părți.
- ⁷⁾ Obligația statului de a asigura executarea în mod prompt și efectiv este una de diligență. Statul nu garantează solvabilitatea debitorilor din cadrul executărilor silite.
- ⁸⁾ Pentru o expunere detaliată a acestor principii, a se vedea E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 24-40. S. Spinei, *Organizarea profesiilor juridice liberale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 172.

europene este direct responsabil de modul în care se desfășoară această activitate în sistemul de drept intern. Un stat de drept, așa cum se dorește a fi și țara noastră, are o obligație pozitivă de a crea o procedură de executare silită echitabilă care să respecte întru totul principiile procesului echitabil prevăzute de art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului și a libertăților fundamentale⁹⁾. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a contribuit esențial în evidențierea importanței executării silite¹⁰⁾.

Nerespectarea de către stat a obligației prevăzute în art. 626 C. proc. civ. dă dreptul persoanelor vătămate la repararea integrală a prejudiciului suferit, în cadrul unei acțiuni directe împotriva statului¹¹⁾. Pentru a fi admisibilă o asemenea acțiune, trebuie să existe un refuz al statului sau al agenților săi de executare de a îndeplini obligațiile stabilite prin lege în sarcina lor. Din punct de vedere procedural, sarcina probei existenței prejudiciului și a întinderii acestuia revine persoanei vătămate. Ca principiu, prejudiciul cauzat prin refuzul agenților statului nu este egal cu valoarea creanței executate decât în situația de excepție în care „refuzul” este singura cauză și unicul impediment pentru realizarea creanței înscrise în titlul executoriu. Este consecința faptului că statul nu este un obligat subsidiar care, în anumite condiții, poate substitui pe debitor în executarea silite.

Acțiunea în repararea prejudiciului întemeiată pe dispozițiile art. 626 C. proc. civ. este la îndemâna tuturor persoanelor vătămate, inclusiv a debitorului și terților participanți, dacă aceștia dovedesc că, prin refuzul agenților statului de a asigura executarea în mod prompt și efectiv a hotărârii judecătorești sau a titlului executoriu, au suferit un prejudiciu. Această acțiune este evaluabilă în bani, astfel că, dacă este introdusă pe cale principală, îi sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun privitoare

⁹⁾ Art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului și a libertăților fundamentale poartă numele de Dreptul la un proces echitabil și are ca și conținut: „1. Orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în mod public și în termen rezonabil, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotări fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa. Hotărârea trebuie să fie pronunțată în mod public, dar accesul în sala de ședință poate fi interzis presei și publicului pe întreaga durată a procesului sau a unei părți a acestuia, în interesul moralității, al ordinii publice ori al securității naționale într-o societate democratică, atunci când interesele minorilor sau protecția vieții private a părților la proces o impun, sau în măsura considerată absolut necesară de către instanță când, în împrejurări speciale, publicitatea ar fi de natură să aducă atingere intereselor justiției. 2. Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită. 3. Orice acuzat are, mai ales, dreptul: a. să fie informat, în termenul cel mai scurt, într-o limbă pe care o înțelege și în mod amănunțit, despre natura și cauza acuzației aduse împotriva sa; b. să dispună de timpul și de înlesnirile necesare pregătirii apărării sale; c. să se apere el însuși sau să fie asistat de un apărător ales de el și, dacă nu dispune de mijloacele necesare remunerării unui apărător, să poată fi asistat gratuit de un avocat din oficiu, atunci când interesele justiției o cer; d. să audieze sau să solicite audierea martorilor acuzării și să obțină citarea și audierea martorilor apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării; e. să fie asistat gratuit de un interpret, dacă nu înțelege sau nu vorbește limba folosită la audiere”.

¹⁰⁾ Șt.I. Lucaciuc, *Contestația la executare în reglementarea noului Cod de procedură civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 7;

¹¹⁾ Ioan Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole art. 1-1133*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 627.

la competența materială și teritorială. Dacă acțiunea îmbracă forma unui capăt de cerere accesoriu, în cadrul unei contestații la executare, îi sunt aplicabile dispozițiile art. 123 coroborat cu art. 713 C. proc. civ. În ceea ce privește termenul de prescripție, acesta este de trei ani, cel general, și începe să curgă de la data la care persoana vătămată a cunoscut sau trebuia să cunoască poziția de refuz a autorităților statului.

Prin urmare, statul se face responsabil, pe de o parte, pentru neexecutarea hotărârilor judecătorești sau a altor titluri executorii, iar pe de altă parte, pentru activitatea statului pentru activitatea exercitată de către executorii judecătorești¹²⁾.

2.1. Responsabilitatea statului pentru neexecutarea hotărârilor judecătorești sau a altor titluri executorii

Preeminența dreptului nu poate subzista atât timp cât o hotărâre judecătorească sau un alt titlu executoriu nu sunt executate; ori durata lor de executare este prea mare, excesivă; sau părțile implicate în procedura de executare nu se află într-un echilibru procesual, de exemplu, în sensul că acestea nu au în mod egal dreptul de a sesiza un agent de executare. Această responsabilitate a statului este recunoscută de CEDO. Principiul dreptului la un proces echitabil în faza executării silite este amintit în mod constant în practica instanței supreme. Mai mult, se afirmă că dreptul executării silite a devenit a treia mare garanție la un proces echitabil, după primele două, și anume dreptul european și dreptul constituțional¹³⁾.

Astfel că, odată cu *Hotărârea Hornsby contra Greciei* din 19 martie 1997, pentru prima dată, Curtea a statuat că „în conformitate cu jurisprudența sa, articolul 6 paragraful 1 garantează oricărei persoane dreptul de a se plânga unei instanțe judecătorești cu privire la drepturile și obligațiile sale civile; articolul 6 paragraful 1 include astfel „dreptul la instanță”, iar dreptul de a avea acces în justiție, respectiv dreptul de a declanșa proceduri în fața unei instanțe civile, este o componentă a acestuia [...]. Acest drept ar rămâne însă iluzoriu dacă sistemul legal intern al statului respectiv ar permite ca o hotărâre definitivă și obligatorie să rămână inoperantă, în detrimentul uneia dintre părți. Este de neconceput ca articolul 6 să descrie în detaliu garanțiile procedurale oferite părților - proceduri care sunt echitabile, publice și se desfășoară într-un termen cât mai scurt cu putință - fără a proteja executarea hotărârilor judecătorești; a interpreta articolul 6 ca referindu-se exclusiv la accesul în justiție și la desfășurarea procedurilor ar duce la situații incompatibile cu principiile statului de drept pe care statele contractante s-au obligat să le respecte atunci când au ratificat Convenția [...]. În interpretarea articolului 6, executarea unei hotărâri judecătorești trebuie privită ca parte integrantă a unui «proces». Ulterior, Curtea a consacrat acest tip de responsabilitate care incumbă statelor UE. Drept dovadă stau multitudinea de hotărâri în care Curtea face referire expresă la această responsabilitate a statelor semnatare¹⁴⁾.

¹²⁾ În acest sens, a se vedea A. Stoica, *Executorii judecătorești. Evoluție istorică - Norme și valori contemporane*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 38-55.

¹³⁾ I. Gârbuleț, *Actele executorului judecătoreșc*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 27.

¹⁴⁾ A. Stoica, *op. cit.*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 39.

În Hotărârea *Immobiliare Saffi c. Italiei* din 28 iulie 1999, „Curtea reiterează faptul că dreptul de acces la instanță garantat de art. 6 protejează și implementarea hotărârilor definitive, obligatorii care, în statele care acceptă supremația legii, nu pot rămâne inoperante în detrimentul uneia dintre părți. Prin urmare, executarea unei hotărâri judiciare nu poate fi amânată excesiv”¹⁵⁾.

În Hotărârea *Lunari c. Italiei* din 11 ianuarie 2001, definitivă la 11 aprilie 2001, instanța supremă reamintește, cu valoare de principiu, faptul că „executarea unei hotărâri judecătorești nu poate fi împiedicată, invalidată sau întârziată în mod excesiv.”¹⁶⁾

Astfel, în Hotărârea *Gaglione și alții c. Italiei* din 21 decembrie 2010, definitivă la 20 iunie 2011, Curtea afirmă că „în ceea ce privește art. 6 paragraful 1, [...], dreptul de acces la instanță garantat de prevederea menționată include dreptul de a obține executarea unei hotărâri judecătorești definitive și executorii, și că executarea unei hotărâri trebuie considerată parte integrantă a noțiunii de «proces» în sensul art. 6”¹⁷⁾.

În Hotărârile *Gavrileanu c. României* din 22 februarie 2007 și *Șandor c. României* din 24 martie 2005, Curtea amintește că, potrivit jurisprudenței constante, „executarea unei sentințe sau unei hotărâri, indiferent de la ce instanță ar proveni, trebuie considerată ca făcând parte integrantă din «proces» în sensul art. 6 din Convenție. Dreptul la o instanță ar fi iluzoriu dacă dispozițiile juridice interne ale unui stat contractant ar permite ca o decizie judiciară definitivă și obligatorie să rămână fără efect în detrimentul unei părți.” Același principiu este reiterat și în Hotărârea *Antonetto c. Italiei* din 20 iulie 2000, definitivă la 20 noiembrie 2000¹⁸⁾.

Ceea ce dorește a evidenția instanța supremă este faptul existenței unui drept la executare, care are ca fundament principiile procesului echitabil în sensul art. 6 din Convenția europeană.

2.2. Responsabilitatea statului pentru activitatea exercitată de către executorii judecătorești

În ceea ce privește responsabilitatea statului pentru activitatea exercitată de executorii judecătorești, aceasta poate deveni incidentă în două situații: când executorii judecătorești își exercită atribuțiile profesionale conform legii și când aceștia nu își îndeplinesc atribuțiile profesionale potrivit dispozițiilor legale.

a) Responsabilitatea statului în situația în care executorii judecătorești își exercită atribuțiile profesionale conform legii

Este vorba de împrejurarea în care, deși executorii judecătorești își îndeplinesc atribuțiile profesionale, ei se află în imposibilitate de a finaliza operațiunile de executare. Această imposibilitate este datorată fie lipsei unui cadru normativ adecvat, fie pasivității statului în a acorda executorului judecătorec un sprijin real și concret în ducerea la bun sfârșit a procedurii de executare.

¹⁵⁾ R. Stanciu, *Executarea silită și dreptul la un proces echitabil în jurisprudența C.E.D.O.*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 33.

¹⁶⁾ R. Stanciu, *op. cit.*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 62.

¹⁷⁾ R. Stanciu, *op. cit.*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 153.

¹⁸⁾ A se vedea, în acest sens, R. Stanciu, *op. cit.*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 50.

Un exemplu în acest sens, întâlnit frecvent în doctrină¹⁹⁾, este oferit de jurisprudența C.E.D.O în Hotărârea *Pini și Bertani, Manera și Atripaldi c. României* din 22 iunie 2004. În rezumat, Curtea statuează faptul că este încălcat art. 6 par. 1 din Convenție, întrucât autoritățile nu s-au achitat de obligația de a lua toate măsurile necesare pentru ca executorii judecătorești să poată duce la îndeplinire sarcina cu care au fost investiți, în special prin asigurarea concursului efectiv al altor autorități care pot impune prin forță executarea atunci când este cazul, măsuri în lipsa cărora garanțiile de care beneficiază justițiabilul în fața instanțelor își pierd rațiunea de a fi. De altfel, nu a fost luată nicio măsură pentru a sancționa lipsa de cooperare a instituției private la care se aflau minorele de către autoritățile investite cu executarea deciziilor de încuviințare a adopției în cauză. Or, prin omisiunea de a lua măsuri eficiente, necesare pentru a asigura respectarea hotărârilor definitive și executorii, autoritățile naționale au lipsit, în speță, prevederile art. 6 par. 1 de orice utilitate. Cu ocazia acestei hotărâri, instanța supremă amintește, cu titlu de principiu, faptul că „art. 6 din Convenție protejează și punerea în executare a hotărârilor judecătorești definitive și obligatorii, care, într-un stat care respectă preeminența dreptului, nu pot rămâne fără efect în detrimentul unei părți”. Prin urmare, „executarea unei hotărâri judecătorești nu poate fi împiedicată, anulată sau amânată în mod excesiv.” În speță, Curtea a constatat că procedura de executare a deciziilor pronunțate în favoarea reclamantilor nu a fost finalizată, deși reclamantii au depus diligențe pe lângă autoritățile naționale competente, în scopul executării ei, și au întreprins constant demersuri pentru a li se încredința minorele și certificatele lor de naștere. Mai mult, Curtea a constatat că nici executorii judecătorești nu au fost inactivi. Pentru că, mai puțin în perioadele în care executarea a fost suspendată de către instanțele interne, „aceștia au procedat la somarea CEPSB, comunicându-i obligația de a executa hotărârile judecătorești definitive și executorii pronunțate în favoarea reclamantilor. Aceste încercări ale executorilor judecătorești în vederea executării silită a deciziilor de încuviințare a adopției s-au lovit de opoziția instituției unde locuiesc minorele și au rămas fără rezultat”. Concluzia la care ajunge instanța supremă este în sensul că „neexecutarea deciziilor de încuviințare a adopției a fost în exclusivitate rezultatul comportamentului angajaților CEPSB și al membrilor săi fondatori, care s-au opus în mod constant plecării minorelor în Italia, introducând numeroase contestații la executare sau făcând ineficiente demersurile întreprinse de către executorii judecătorești”. Ceea ce este relevant este faptul că instanța reține că, „în ciuda eforturilor întreprinse de către executorii judecătorești pentru a asigura executarea deciziilor în cauză, acțiunile acestora au rămas fără efect. În acest sens, faptele consemnate de către executorul judecătoresc în procesul-verbal din 3 septembrie 2002 constituie un exemplu important, încercarea de executare transformându-se într-o adevărată lipsire de libertate, în interiorul CEPSB, a executorului însuși, a reclamantilor, precum și a avocatului acestora. Iar, în opinia Curții, o astfel de atitudine în ceea ce privește executorii judecătorești care acționează în interesul unei bune administrări a justiției, ceea ce face din ei un element esențial al statului de drept, este incompatibilă cu calitatea lor de depozitari ai forței publice în materia executării și nu poate rămâne fără consecințe pentru cei responsabili.” În aceste împrejurări, „statului îi revine obligația de a lua măsurile necesare pentru ca ei

¹⁹⁾ A. Stoica, op. cit., Ed. Universul Juridic, București 2013, p. 41.

să poată duce la îndeplinire sarcina cu care au fost investiți, în special prin asigurarea concursului efectiv al altor autorități care pot impune prin forță executarea atunci când este cazul, măsuri în lipsa cărora garanțiile de care beneficiază justițiabilul în fața instanțelor își pierd rațiunea de a fi”. Astfel că, lipsirea de libertate în interiorul CEPSB a executorului judecătoresc, la data amintită mai sus, „a fost consecința directă a lipsei sprijinului poliției la executare, care a rămas de atunci fără urmări. Iar prin omisiunea, timp de 3 ani, de a lua măsuri eficiente, necesare pentru a asigura respectarea hotărârilor definitive și executorii, autoritățile naționale au lipsit, în speță, prevederile art. 6 par. 1 de orice efect util”.

De altfel, în Hotărârea din 11 octombrie 2007 în Cauza Constantin Oprea împotriva României, Curtea „a reținut că, după ce a făcut demersuri în vederea executării hotărârii [...], executorul judecătoresc însărcinat cu executarea s-a deplasat la domiciliul debitorilor însoțit de un subofițer de poliție, în scopul de a proceda la sechestrarea bunurilor mobile ale acestora. Rezultă din cuprinsul dosarului că M.S.E. nu a permis accesul executorului judecătoresc și poliției în casă pentru executare și chiar l-a amenințat pe executor, care, față de aceste împrejurări, l-a sfătuit pe reclamant să urmeze calea unei plângeri penale pentru opoziție la executare silită, [...]. Urmând sfatul executorului, reclamantul a depus o plângere penală și s-a constituit parte civilă, solicitând repararea prejudiciului cauzat prin refuzul debitorilor de a se supune demersurilor de executare silită a hotărârii în cauză”. În cele din urmă Curtea conchide în sensul că „autoritățile naționale nu au oferit asistență de o manieră adecvată reclamantului în demersurile sale pentru obținerea executării hotărârii sale”.

b) Responsabilitatea statului în cazul în care executorii judecătorești nu își exercită atribuțiile profesionale conform legii

Acest tip de responsabilitate este incident în situațiile în care executorii judecătorești, funcționari publici, nu își îndeplinesc atribuțiile sau le îndeplinesc defectuos.

Cu titlu de exemplu reținem Hotărârea din 14 septembrie 2010 în Cauza Flaviu și Dalia Șerban c. României²⁰⁾. Curtea reiterează practica sa constantă și afirmă că „executarea unei hotărâri judecătorești constituie parte integrantă a procesului civil, în accepțiunea art. 6 paragraful 1 [...]. Statului îi revine o obligație pozitivă de a organiza un sistem de punere în executare a hotărârilor judecătorești care să fie eficient din punct de vedere normativ și jurisprudențial, sistem care trebuie pus în aplicare fără întârziere [...]. În prezența obligației pozitive a autorităților statului de a acționa pentru punerea în executare a unei hotărâri judecătorești, inactivitatea acestora poate angaja răspunderea statului, în temeiul art. 6 paragraful 1 din Convenție [...]” De aceea, „statului îi revine obligația de a se echipa cu un arsenal de instrumente juridice apte și suficiente pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor pozitive care îi incumbă [...]. În calitate de posesor al forței publice, Statul trebuie să acționeze cu diligență pentru a asista creditorul în executarea unei hotărâri judecătorești [...]”.

În cauza dedusă judecării, reclamantii sunt îndreptățiți să recupereze o anumită

²⁰⁾ R. Stanciu, *op. cit.*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 143.

sumă de bani de la două persoane fizice, E.I. și G.I. Întrucât până în prezent reclamanții nu au încasat întreaga sumă de bani, hotărârea judecătorească pronunțată în data de 6 februarie 2001 nu a fost pusă în executare.

Pentru aceste motive, Curtea a examinat dacă autoritățile statului au acționat cu diligență pentru a-i ajuta pe reclamanți să pună în executare silită hotărârea judecătorească. În această ordine de idei, Curtea a observat că debitorul G.I. a părăsit România în 2001, iar, potrivit legii române, creditorul nu are obligația de a identifica locul de reședință al unui debitor dispărut.

De asemenea, Curtea a observat că reclamanții *nu au nicio culpă pentru acțiunile executorului judecătoresc I.M.*, care, pe de o parte, a vândut o parte din bunurile debitorului E.I., însușindu-și sumele de bani (faptă pentru care a fost condamnat penal), iar pe de altă parte, a vândut creditorilor un apartament al debitorului E.I., cu toate că acest bun era ipotecat. Ca urmare a acestor acțiuni, reclamanții nu au putut recupera suma de bani plătită în urma cumpărării imobilului, colectând doar o parte din prețul obținut după a doua vânzare a apartamentului, rămasă după achitarea ipotecii.

De asemenea, Curtea a reținut că executorul judecătoresc C.C. nu a evaluat apartamentul înainte de a-l scoate la vânzare, iar între sechestrarea apartamentului și programarea pentru prima vânzare la licitație publică au trecut 7 luni. A mai observat Curtea că al doilea executor a așteptat 4 luni pentru a emite o adresă autorităților în legătură cu bunurile aparținând debitorului, iar după obținerea adresei a mai așteptat încă 6 luni fără a efectua niciun act de executare. Executorului i-a luat încă un an pentru a solicita informații în legătură cu alte bunuri ale debitorului, din nou fără a efectua vreun act de executare.

Curtea a concluzionat că *cei doi executori nu au acționat cu diligență*, iar Guvernul nu a furnizat niciun exemplu din jurisprudența internă cu referire la sancțiuni aplicate pentru întârzieri în executare silită. Din contră, instanțele interne au respins contestațiile la executare ale reclamanților, referitoare la perioadele mari de întârziere în efectuarea actelor de executare silită, apreciind că aceste motive sunt incompatibile *ratione materiae* cu dispozițiile Codului de procedură civilă. În consecință, Statul român a fost obligat la plata daunelor morale către reclamanți.

Practica CEDO relevă numeroase cazuri în care este angajată responsabilitatea statului pentru activitatea agenților săi de executare. În acest sens, putem reține: Hotărârea din 6 decembrie 2001 în Cauza *Tsironis c. Greciei* (Curtea a reținut că respectarea termenului până la care se putea introduce acțiunea în anulare presupune ca persoana lezată să fi avut cunoștință de actul litigios pentru a-l putea ataca în instanță. Or, reclamantul nu a avut cunoștință de vânzarea în litigiu, din cauza unei lipse de diligență a executorului judecătoresc care trebuia să îi notifice actul de executare silită. Instanțele interne au admis că actul de comunicare realizat de către executor a fost nul, însă, paradoxal, au respins acțiunea reclamantului pentru că nu a fost introdusă în termenul legal. Curtea a constatat că reclamantul nu avea nicio culpă în nerespectarea termenului în cauză, neputându-i-se impune vreo neglijență, în condițiile în care încheierea acordului cu banca părea să excludă posibilitatea de executare silită); Hotărârea din 17 iunie 2003 în Cauza *Ruianu c. României* (Curtea a arătat că, având în vedere obligațiile ce revin autorităților, în calitate de depozitare ale forței publice în materie de executare, autoritățile românești nu au aplicat nicio

sanctiune debitorilor pentru nerespectarea unor hotărâri judecătorești definitive. Mai mult, nu a fost oferită nicio explicație satisfăcătoare pentru faptul că prima încercare adecvată de executare s-a înregistrat abia la 28 iulie 2000, adică la 6 ani de la data la care hotărârea din 5 noiembrie 1993 a fost investită cu formulă executorie, și anume 28 noiembrie 1994. Reacția întârziată a autorităților este cu atât mai regretabilă cu cât acestea ar fi trebuit să intervină de urgență, în temeiul ordonanței președințiale emise la data de 6 august 1992, într-un moment când construcția în litigiu abia fusese începută [a se vedea alin. (16) anterior]. Or, executorul judecătoresc care s-a deplasat la fața locului la 10 august 1992 doar a constatat starea de fapt și refuzul debitorilor de a răspunde la cererea sa. Prin faptul că timp de mai mult de opt ani autoritățile române nu au luat măsurile necesare în scopul executării unei hotărâri judecătorești definitive și executorii, acestea au lăsat prevederile articolului 6 alineatul 1 din Convenție fără efect în situația de față.); Hotărârea din 24 ianuarie 2008 în Cauza *Ion Cetină și Ion c. României* (În speță, Curtea afirmă că, „în ceea ce privește obligațiile în care debitorul este un particular, statul, în calitate de depozitar al autorității publice, este chemat să aibă un comportament diligent și să asiste creditorul în executarea hotărârii care îi este favorabilă.” Curtea a reținut că „în ipoteza în care debitorul unei obligații este un particular, statul, în calitate de depozitar al autorității publice, este chemat să aibă un comportament diligent și să asiste creditorul în executarea hotărârii care îi este favorabilă. Astfel, hotărârea definitivă obținută de reclamant, prin care s-a dispus eliberarea terenului lor de către un terț, nu a fost executată în întregime și nici nu a fost anulată ori modificată ca urmare a exercitării unei căi de atac prevăzute de lege, în pofida demersurilor de executare întreprinse de reclamant. Or, imposibilitatea reclamantilor de a folosi terenul are la bază greșeala comisiei locale de aplicare a Legii nr. 18/1991, care, pe de o parte, a informat reclamantii că certificatul lor de moștenitor reprezenta titlu de proprietate, excluzând orice formalitate cerută de Legea nr. 18/1991, iar, pe de altă parte, în temeiul aceleiași legi, a eliberat unor terți titlu de proprietate asupra unei părți din același teren.” De altfel, Curtea constată că „executorul judecătoresc nu a informat reclamantii decât despre schimbarea propriului sediu și a dificultăților logistice legate de acest fapt, despre respingerea acțiunii reclamantilor în anularea titlului de proprietate eliberat terțului și a contractului de vânzare-cumpărare încheiat între terț și o altă persoană, privind parte din terenul lor, inclus în hotărârea definitivă. Pe de altă parte, prefectul a solicitat anularea titlului de proprietate eliberat terțului după cinci ani de la momentul eliberării lui (trei ani de la informarea sa de către reclamant cu privire la nelegalitatea titlului). În fine, executarea hotărârii definitive, favorabilă reclamantilor, s-a realizat cu o întârziere de peste 7 ani, pentru suprafața de 878 m² teren și a rămas încă neexecutată în privința suprafeței de 1138 m² teren. Toate aceste elemente reprezintă fapte care antrenează răspunderea statului în generarea situației litigioase și asistența eronată furnizată de organele sale pe parcursul executării, statul, prin organele sale specializate, nedepunând toate eforturile necesare în vederea executării cu celeritate a hotărârii definitive favorabile reclamantilor, cu nerespectarea art. 6 alin. (1) din Convenție etc.

NOUTĂȚI LEGISLATIVE ADUSE ÎN MATERIA SUCCESIUNILOR DE REGULAMENTUL (UE) NR. 650/2012 AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI AL CONSILIULUI DIN 4 IULIE 2012

*Prof. univ. dr. Ioana NICOLAE
Facultatea de Drept
Universitatea Transilvania din Brașov*

§ Legislative news in matters of heritage to the Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4th July 2012

Abstract:

Regulation (EU) No 650/2012, according to Article 2 and in line with Article 81(2) (c) of the Treaty on the Functioning of the European Union, provides for 'the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of jurisdiction', as well as for the adoption of 'an instrument in matters of succession dealing, in particular, with the questions of conflict of laws, jurisdiction, mutual recognition and enforcement of decisions in the area of succession'. The present study aims at bringing forth absolute novelties taken to that end, given the issue of migration in the European Union and, consequently, the incidence and application of norms thus adopted at European Union level.

Key words: *European Certificate of Succession; successions; conflict of laws; competence; enforcement of decisions.*

1. Aspecte introductive

Înainte de a analiza o parte din noutățile aduse în materia succesiunilor de Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012¹⁾, se impune a face o scurtă prezentare a dreptului internațional privat și a stabili care este domeniul său de aplicare. În acest sens, dreptul internațional

¹⁾ Publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene JL 201 din 27 iulie 2012. Regulamentul se aplică de la 17 august 2015.

privat a fost definit ca fiind ramura de drept formată din normele juridice care reglementează relațiile sociale cu *element de extraneitate* (*extraneus* însemnând în latină „din afară”, „străin”), stabilite între persoanele fizice și/sau persoanele juridice, ca subiecte de drept privat²⁾, iar obiectul dreptului internațional privat fiind reprezentat de relațiile sociale în care unul sau mai multe ori toate elementele sale sunt „*de extraneitate*”³⁾.

În ceea ce privește elementul de extraneitate, este de menționat că acesta a fost definit în doctrină⁴⁾ ca fiind „o împrejurare de fapt care apare în legătură cu unul sau mai multe dintre elementele de structură ale raportului juridic și care are aptitudinea de a aduce în discuție posibilitatea aplicării legii străine”.

Cartea a VII-a a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil⁵⁾ este dedicată dispozițiilor de drept internațional privat. Articolul 2557 stabilește „că prezenta carte cuprinde norme pentru determinarea legii aplicabile unui raport de drept internațional privat”, iar în alin. (2) al aceluiași text legal arată că „în înțelesul prezentei cărți, raporturile de drept internațional privat sunt raporturile civile, comerciale, precum și alte raporturi de drept privat cu element de extraneitate”. Însă dispozițiile prezentei cărți sunt aplicabile în măsura în care convențiile internaționale la care România este parte, dreptul Uniunii Europene sau dispozițiile din legile speciale nu stabilesc o altă reglementare.

În aceste condiții este de precizat că reglementările adoptate la nivelul Uniunii Europene, cuprinse în regulamente și care au ca obiect de reglementare norme conflictuale direct aplicabile, vor conduce la inaplicabilitatea normelor conflictuale interne adoptate în domeniul vizat de regulament. Potrivit art. 288 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, regulamentul are aplicabilitate generală. Acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în fiecare stat membru. Obligativitatea regulamentului privește atât instituțiile cărora se adresează, statelor, dar și persoanelor fizice destinate ale reglementărilor. Așa fiind, în cele ce urmează vom analiza elementele de noutate aduse de Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 în materia al cărei obiect ne-am propus a-l analiza, respectiv materia succesiunilor. Practic, începând cu 17 august 2015 succesiunile cu element de extraneitate deschise în cele 28 de state membre ale Uniunii Europene, între care este inclusă și țara noastră, vor fi supuse Regulamentului nr. 650/2012 (cu excepția statelor care au ales să nu participe). În același timp nu trebuie pierdut din vedere faptul că foarte mulți cetățeni

²⁾ D. Lupașcu, D. Ungureanu, *Drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 11.

³⁾ D. Lupașcu, D. Ungureanu, *Drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 12.

⁴⁾ O. Ungureanu, C. Juguștru, A. Circa, *Manual de drept internațional privat*, Ed. Hamangiu. București, 2008, p. 7.

⁵⁾ Publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009, a fost modificată prin Legea nr. 71/2011 și rectificată în M. Of. nr. 427 din 17 iunie 2011 și în M. Of. nr. 489 din 8 iulie 2011. Prin intrarea în vigoare a Codului civil la 1 octombrie 2011, respectiv în temeiul art. 230 lit. q) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Codului civil, au fost abrogate prevederile art. 1-33 și 36-147 din Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, lege publicată în M. Of. nr. 245 din 1 octombrie 1992 și care a suferit ulterior modificări și completări, în prezent fiind abrogată.

români trăiesc actualmente în alte state membre ale Uniunii Europene, după cum și membrii altor state membre ale Uniunii Europene s-au stabilit în țara noastră astfel încât aplicabilitatea Regulamentului nr. 650/2012 a devenit o chestiune importantă în actualul context juridic generat de migrația persoanelor. Prin Regulamentul de punere în aplicare nr. 1329/2014 de stabilire a formularelor menționate în Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului au fost stabilite formularele ce urmează a fi utilizate în acest domeniu. Anterior adoptării Regulamentului nr. 650/2012 s-a sesizat că dezbaterile succesiunilor cu element de extraneitate a ridicat probleme serioase, în principal în ceea ce privește conflictul jurisdicțiilor, dar și conflictul de legi, întrucât în cele 28 de state membre ale Uniunii Europene există legi interne și reguli de aplicare proprii, care în anumite situații s-au dovedit foarte greu de înțeles și aplicat. Nu în ultimul rând, spre necesitatea unificării dreptului internațional privat în materia succesiunilor a contribuit și sesizarea fragmentării succesiunilor, precum și crearea unui adevărat labirint juridic, din care de multe ori era aproape imposibil de ieșit, prin aplicarea regulilor distincte instituite la nivelul fiecărui stat membru al Uniunii Europene.

2. Ce își propune Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 și care este factorul general de legătură între defunct, legea aplicabilă și instanța competentă

Regulamentul și-a propus, potrivit expunerii de motive din preambul, că „recunoașterea reciprocă ar trebui extinsă la domenii care nu sunt încă incluse, dar care sunt esențiale pentru viața cotidiană, cum ar fi succesiunile și testamentele, ținând seama în egală măsură de sistemele juridice ale statelor membre, inclusiv ordinea publică și de tradițiile naționale în acest domeniu”⁶⁾, iar pentru a ajunge la acest rezultat „prezentul regulament ar trebui să reunească dispoziții privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea - sau, după caz, acceptarea -, forța executorie și executarea hotărârilor judecătorești, a actelor autentice și a tranzacțiilor judiciare și privind crearea unui certificat european de moștenitor”⁷⁾. În materia supusă analizei se precizează că domeniul de aplicare al regulamentului are în vedere toate aspectele de drept civil referitoare la patrimoniul unei persoane decedate, respectiv toate formele de transfer de bunuri, drepturi și obligații din cauză de deces, fie că este vorba de un act voluntar de transfer în temeiul unei dispoziții pentru cauză de moarte, fie de un transfer sub forma succesiunii *ab intestat*, se arată la pct. 9. Pentru a atinge aceste deziderate, regulamentul a stabilit la pct. 23 din preambul că factorul de legătură real între succesiune și statul membru în care se exercită competența este reședința obișnuită a defunctului la data decesului.

Aceasta este una din noțiunile pe care le vom analiza, având în vedere că „pentru a stabili reședința obișnuită, autoritatea care se ocupă de succesiune ar trebui să efectueze o evaluare de ansamblu a circumstanțelor vieții defunctului în cursul anilor anteriori decesului său și la momentul decesului, luând în considerare toate

⁶⁾ Pct. 6 din Regulamentul nr. 650/2012.

⁷⁾ Pct. 8 din Regulamentul nr. 650/2012.

elementele de fapt relevante, în special durata și regularitatea prezenței defunctului în statul vizat, precum și condițiile și motivele acestei prezențe. Reședința obișnuită astfel stabilită ar trebui să demonstreze o legătură apropiată și stabilă cu statul în chestiune, luând în considerare obiectivele specifice ale prezentului regulament⁸⁾.

3. Noțiunea de domiciliu, reședință în dreptul intern și noțiunea de reședință obișnuită în viziunea Regulamentului (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012

Am ales să începem studiul cu prezentarea noțiunilor de domiciliu și de reședință în dreptul intern, având în vedere că, pentru un practician al dreptului intern, acestea sunt instrumentele de lucru. În schimb, legiuitorul european a stabilit în rezolvarea succesiunilor transfrontaliere un alt punct de legătură, reședința obișnuită, un concept neîntâlnit în legislația noastră internă până la adoptarea Codului civil.

Domiciliul persoanei fizice constituie unul dintre elementele esențiale în individualizarea acesteia, fiind reprezentat de acel atribut de identificare a persoanei fizice care o individualizează în spațiu, prin indicarea unui loc având această semnificație juridică⁹⁾. Potrivit Dicționarului explicativ al limbii române¹⁰⁾ prin domiciliu se înțelege casa sau locul unde locuiește cineva în mod statornic. Codul civil definește noțiunea de domiciliu în cuprinsul art. 87, precizând că domiciliul persoanei fizice, în vederea exercitării drepturilor și libertăților sale civile, este acolo unde aceasta declară că își are locuința principală. Potrivit art. 86 alin. (1) din Codul civil, cetățenii români au dreptul să își stabilească ori să își schimbe, în mod liber, domiciliul sau reședința, în țară sau în străinătate, cu excepția cazurilor anume prevăzute de lege. Alineatul (2) al art. 86 din Codul civil arată că, dacă prin lege nu se prevede altfel, o persoană fizică nu poate să aibă în același timp decât un singur domiciliu și o singură reședință, chiar și atunci când deține mai multe locuințe.

Reședința persoanei fizice este definită în cuprinsul art. 88 din Codul civil ca fiind în locul unde își are locuința secundară. Așa cum s-a subliniat în doctrină¹¹⁾, ideea urmărită de legiuitor în a determina reședința persoanei fizice este locuirea efectivă la o anumită adresă, chiar dacă aceasta este o locuire vremelnică sau temporară.

Din punctul de vedere al dreptului internațional privat noțiunea de reședință a persoanei fizice dobândește un rol însemnat, această noțiune fiind preferată de legiuitor, în defavoarea domiciliului. Potrivit art. 2.633 din Codul civil, „moștenirea este supusă legii statului pe teritoriul căruia defunctul a avut, la data morții, reședința obișnuită”. Articolul 2.570 din Codul civil arată că: „reședința obișnuită a persoanei fizice este în statul în care persoana își are locuința principală, chiar dacă

⁸⁾ Pct. 23 din Regulamentul nr. 650/2012.

⁹⁾ T. Prescure, R. Matefi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 272.

¹⁰⁾ DEX - Dicționarul explicativ al limbii române, ed. a II-a, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1998, p. 315.

¹¹⁾ T. Prescure, R. Matefi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 279.

nu a îndeplinit formalitățile de înregistrare. Reședința obișnuită a unei persoane fizice acționând în exercițiul activității sale profesionale este locul unde această persoană are stabilimentul său principal.

Pentru determinarea locuinței principale vor fi avute în vedere acele circumstanțe personale și profesionale care indică legături durabile cu statul respectiv sau intenția de a stabili asemenea legături.

Dovada reședinței obișnuite se poate face cu orice mijloace de probă.” Aceste reguli privesc modalitățile de stabilire a reședinței obișnuite în materia dreptului internațional privat, care, vom vedea, sunt diferite de regulile aplicabile în cadrul raporturilor juridice fără element de extraneitate. Se remarcă faptul că legiuitorul român a armonizat legislația aplicabilă raporturilor de drept internațional privat în materia succesiunilor cu dispozițiile europene impuse în materie de reședință obișnuită a defunctului. Reședința obișnuită va governa succesiunile cu element de extraneitate atât în ceea ce privește competența, cât și legea aplicabilă acesteia.

În schimb, în dreptul nostru intern, legiuitorul a stabilit, în art. 954 alin. (2) din Codul civil, că moștenirea se deschide la locul ultimului domiciliu al defunctului. Alegerea reședinței obișnuite ca punct de reper în materia dreptului internațional privat ar putea părea oarecum nefirească, având în vedere că reședința are caracter facultativ, nefiind, pe cale de consecință, obligatoriu ca o persoană fizică să aibă o reședință. Soluția este diferită însă în cazul domiciliului, care are următoarele atribute: obligativitate, unicitate, stabilitate și inviolabilitate. Legiuitorul nostru a prevăzut, spre exemplu, în art. 90 din Codul civil că:

„(1) Reședința va fi considerată domiciliu când acesta nu este cunoscut.

(2) În lipsă de reședință, persoana fizică este considerată că domiciliază la locul ultimului domiciliu, iar dacă acesta nu se cunoaște, la locul unde acea persoană se găsește.”

Prezumția de domiciliu își găsește aplicabilitatea doar în situațiile limitative prevăzute în art. 90 din Codul civil. Cu toate acestea în materie succesorală, potrivit dreptului intern, mai exact potrivit art. 954 alin. (3) din Codul civil, în ipoteza în care domiciliul defunctului este necunoscut ori acesta nu este situat pe teritoriul României, moștenirea se deschide la locul din țară aflat în circumscripția notarului public cel dintâi sesizat, cu condiția ca în această circumscripție să existe cel puțin un bun imobil al celui care lasă moștenirea. În cazul în care în patrimoniul succesoral nu există bunuri imobile, locul deschiderii moștenirii este în circumscripția notarului public cel dintâi sesizat, cu condiția ca în această circumscripție să se afle bunuri mobile ale celui care lasă moștenirea. Atunci când în patrimoniul succesoral nu există bunuri situate în România, locul deschiderii moștenirii este în circumscripția notarului public cel dintâi sesizat.

Rațiunea pentru care legiuitorul nostru a optat pentru deschiderea moștenirii la ultimul domiciliu al defunctului are în vedere considerente practice, respectiv la ultimul domiciliu se găsesc de obicei înscrisurile aparținând defunctului, acolo se pot culege în cel mai facil mod informațiile legate de posibili moștenitori, precum și despre masa succesorală rămasă de pe urma defunctului¹²⁾.

¹²⁾ Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 63.

Astfel, comparând reglementarea internă aplicabilă moștenirilor fără element de extraneitate, vom observa că legiuitorul a acordat primordialitate în stabilirea locului deschiderii moștenirii domiciliului persoanei fizice, și nu reședinței ori locului în care persoana respectivă a decedat, în vreme ce în raporturile succesoriale cu element de extraneitate atât legiuitorul național, cât și cel european au optat pentru reședința obișnuită a defunctului în rezolvarea chestiunilor privind succesiunea acestuia. Domiciliul defunctului stabilit în certificatul de deces al acestuia (care constituie un act autentic) va fi înlăturat, urmând a fi stabilită reședința obișnuită. Stabilirea reședinței obișnuite a defunctului, care constituie un element de fapt, este aptă să genereze anumite dificultăți, sesizate la pct. 24 din Regulamentul nr. 650/2012, fiind enunțate în acest sens următoarele situații excepționale: „Un astfel de caz poate apărea, în special, atunci când defunctul a plecat din motive profesionale sau economice să trăiască și să lucreze într-un alt stat, uneori pentru o perioadă lungă, dar a menținut o legătură strânsă și stabilă cu statul de origine. Într-un asemenea caz, s-ar putea considera, în funcție de circumstanțele cazului, că defunctul își are încă reședința obișnuită în statul său de origine în care s-a aflat centrul de interes al familiei sale și și-a desfășurat viața socială. Alte cazuri complexe pot apărea și atunci când defunctul a trăit alternativ în mai multe state sau a călătorit dintr-un stat în altul fără a se fi stabilit permanent într-un anumit stat. În cazul în care defunctul era cetățean al unuia dintre statele respective sau își avea toate bunurile principale în unul dintre acele state, cetățenia sa sau locul unde sunt situate bunurile sale ar putea constitui un factor special în evaluarea de ansamblu a tuturor circumstanțelor de fapt”. Așadar, aceste exemple sunt în măsură să conducă la stabilirea legii aplicabile succesiunii altfel decât prin raportare la reședința obișnuită a defunctului. Totodată, un alt caz asemănător a fost indicat la pct. 25 din Regulamentul nr. 650/2012, iar acesta se referă la situația în care „defunctul s-a mutat în statul reședinței sale obișnuite destul de recent înainte de deces, iar toate circumstanțele cazului indică faptul că acesta avea în mod evident o legătură mai strânsă cu un alt stat, să ajungă la concluzia că legea aplicabilă succesiunii nu ar trebui să fie legea statului în care defunctul își avea reședința obișnuită, ci mai degrabă legea statului cu care defunctul avea în mod evident o legătură mai strânsă. Totuși, nu ar trebui să se recurgă la utilizarea legăturii celei mai strânse în mod evident drept factor de legătură subsidiar ori de câte ori se dovedește complicată stabilirea reședinței obișnuite a defunctului în momentul decesului”. Se remarcă faptul că în adoptarea punctului de legătură reprezentat de reședința obișnuită a defunctului au fost avute în vedere și situațiile de excepție, în care aplicarea strictă a regulamentului în materia reședinței obișnuite nu este recomandabilă, fiind astfel punctate soluțiile de urmat. Noua reglementare europeană nu este la adăpost de critici, atâta vreme cât autoritatea competentă va trebui să facă cercetări pentru a determina că defunctul avea o legătură mai strânsă cu un alt stat și că în acest caz legea aplicabilă succesiunii nu ar trebui să fie legea statului în care defunctul își avea reședința obișnuită. Dificultatea de a stabili această legătură mai strânsă va putea genera controverse în aplicarea regulamentului, mai ales din punct de vedere probatoriu.

În materia competenței subsidiare, art. 10 din regulament prevede că: „(1) În cazul în care reședința obișnuită a defunctului în momentul decesului nu este situată

într-un stat membru, instanțele unui stat membru în care sunt situate bunuri care fac parte din patrimoniul succesoral sunt totuși competente să se pronunțe asupra succesiunii în ansamblul său, în măsura în care:

defunctul avea cetățenia aceluși stat membru la data decesului; sau, dacă această condiție nu este îndeplinită,

defunctul își avea anterior reședința obișnuită în statul membru respectiv, cu condiția ca, în momentul sesizării instanței, să nu fi trecut mai mult de cinci ani de la schimbarea reședinței obișnuite.

(2) În cazul în care nicio instanță judecătorească a vreunui stat membru nu este competentă în temeiul alineatului (1), instanțele statului membru în care se situează bunuri care fac parte din patrimoniul succesoral sunt totuși competente să se pronunțe asupra respectivelor bunuri”.

O altă diferență între domiciliul persoanei fizice și reședința obișnuită vizează mijloacele de probă ce pot fi utilizate pentru a dovedi acest element de fapt. Astfel, în materia domiciliului și a reședinței persoanei fizice legiuitorul a prevăzut în art. 91 din Codul civil că dovada domiciliului și a reședinței se face cu mențiunile cuprinse în cartea de identitate, în vreme ce în dreptul internațional privat dovada reședinței obișnuite se face cu orice mijloc de probă, astfel cum stabilește art. 2.570 alin. (5) din Codul civil.

Trecerea de la reglementările cuprinse în Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat¹³⁾ la noile reguli în materie reprezintă o modificare majoră. Astfel, potrivit textului art. 66 din Legea nr. 105/1992, moștenirea era supusă:

a) în ceea ce privește bunurile mobile, oriunde acestea s-ar afla, legii naționale pe care persoana decedată o avea la data morții;

b) în ce privește bunurile imobile și fondul de comerț, legii locului unde fiecare din aceste bunuri este situat.

În reglementarea anterioară cuprinsă în Legea nr. 105/1992, în ceea ce privește bunurile mobile succesoriale, acestea erau supuse unei singure legi, și anume celei a legii naționale a defunctului, însă în privința bunurilor imobile succesoriale, se putea ajunge la aplicarea unei pluralități de legi, criteriul de stabilire al legii aplicabile fiind cel al situării acestor bunuri. Din acest punct de vedere noua reglementare europeană apare a fi preferabilă, dat fiind că în acest caz ne vom raporta la legea statului în care defunctul își avea reședința obișnuită, atunci când stabilirea acestui element va fi facilă. Totuși, stabilirea reședinței obișnuite va ridica probleme reale autorităților, spre exemplu în situația în care defunctul avea mai multe reședințe și când autoritatea competentă va trebui să decidă care din acestea va fi reședința obișnuită a defunctului și, implicit, care este legea aplicabilă succesiunii acestuia. Rămâne de văzut în ce mod autoritatea care se ocupă de succesiune va efectua „o evaluare de ansamblu a circumstanțelor vieții defunctului în cursul anilor anteriori decesului său și la momentul decesului, luând în considerare toate elementele de fapt relevante, în special durata și regularitatea prezenței defunctului în statul

¹³⁾ Publicată în M. Of. nr. 245 din 1 octombrie 1992, cu completările ulterioare. Potrivit art. 230 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, la data intrării în vigoare a Codului civil au fost abrogate art. 1-33 și 36-147 din Legea nr. 105/1992.

vizat, precum și condițiile și motivele acestei prezențe¹⁴⁾ și dacă această operațiune va conduce la un rezultat din care să lipsească arbitrariul. Spre exemplu, să ne gândim la situația în care un cetățean român a decedat în România și urmează a se stabili dacă domiciliul său inserat în certificatul de deces (care este un act autentic) va fi înlăturat pentru a se identifica reședința sa obișnuită în alt stat, pe baza altor mijloace de probă (pot constitui astfel de mijloace de probă declarațiile moștenitorilor), în contra actului autentic reprezentat de certificatul de deces. Dacă se aplică legea română, se recunoaște moștenitorilor rezervatari dreptul la rezervă, în schimb dacă se va stabili că reședința obișnuită a acestuia se situează într-un alt stat membru al Uniunii Europene, unde acesta a locuit o perioadă lungă de timp, stat în care rezerva succesorală nu este reglementată de lege, este evident că în această ultimă ipoteză moștenitorii rezervatari ai defunctului s-ar afla într-o situație defavorabilă. Sau ipoteza unui cetățean care a dispus pe calea unui testament de întreaga sa avere în favoarea unui prieten (lucru posibil potrivit legii statului a cărui cetățenie o deține), dar care are descendenți și soție supraviețuitoare și care ar avea reședința obișnuită în țara noastră, stabilită pe baza probelor administrate în fața notarului. Succesiunea acestuia ar trebui să fie guvernată de legea română, în care actul său de ultimă voință nu și-ar produce efectele decât în parte, ca urmare a existenței moștenitorilor rezervatari (descendenți și soție supraviețuitoare) cărora legea română le garantează dreptul la rezerva succesorală, în vreme ce potrivit legii cetățeniei sale actul său de ultimă voință ar fi produs efecte depline. Exemplele oferite sunt departe de a epuiza toate situațiile ce se pot ivi în practică, însă am dorit doar a puncta faptul că regulamentul european nu este la adăpost de critici în ceea ce privește aplicarea sa în statele membre.

Pentru a evita aceste situații, potrivit art. 5 și 22 din regulament, o persoană își poate alege legea aplicabilă succesiunii sale printr-un act scris, datat și semnat, întocmit în forma unei dispoziții pentru cauză de moarte¹⁵⁾, caz în care succesiunea va fi guvernată de legea astfel aleasă, iar reședința obișnuită va avea caracter subsidiar. Legea astfel aleasă poate fi legea cetățeniei pe care persoana o are, la data alegerii, sau la data decesului, legea în cauză urmând a fi aplicabilă succesiunii în ansamblul său.

4. Certificatul european de moștenitor

Un alt element de noutate adus de Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privește certificatul european de moștenitor. Potrivit pct. 67 din preambulul regulamentului: „Pentru ca o succesiune cu elemente de extraneitate în Uniune să fie soluționată într-o manieră rapidă, simplă și eficace, moștenitorii, legatarii, executorii testamentari sau administratorii patrimoniului succesoral ar trebui să își poată dovedi cu ușurință

¹⁴⁾ Pct. 23 din Regulamentul nr. 650/2012.

¹⁵⁾ A se vedea D.G. Ionaș, *Inheritance with extraneous elements - the International Testament*, în *Bulletin of the Transilvania University of Brasov*, vol. 6(55) - nr. 2/2013, series VII - Social Sciences. Law, ISSN 2066-7701 (Print), ISSN 2066-771X (CD-ROM), p. 57-64.

statutul și/sau drepturile și competențele într-un alt stat membru, de exemplu într-un stat membru unde se situează bunurile succesoriale. Pentru a le permite aceasta, prezentul regulament ar trebui să prevadă crearea unui certificat uniform, certificatul european de moștenitor (denumit în continuare „certificatul”), care să fie emis pentru a fi utilizat în alt stat membru. Pentru a respecta principiul subsidiarității, certificatul nu ar trebui să înlocuiască documentele interne care pot exista în scopuri similare în statele membre.”

În statele membre ale Uniunii Europene s-a constatat că proba calității de moștenitor se face în mod diferit, astfel, cu titlu de exemplu, în Franța și Belgia acest lucru se face prin certificatul de notorietate eliberat de notar; în Germania și în Grecia certificatul de moștenitor este eliberat de tribunal; în Suedia dovada se face prin întocmirea unui inventar care se înfăptuiește în prezența a doi martori de bună-credință; în România certificatul de moștenitor este eliberat de notarul public în cadrul procedurii succesoriale necontencioase. Iată motivul pentru care a apărut necesitatea de a avea un instrument comun de probă a calității de moștenitor.

Certificatul european de moștenitor poate fi definit ca fiind un document european uniform prin intermediul căruia se dovedesc, într-un stat membru, altul decât cel al emiterii sale, drepturile moștenitorilor legali, ale legatarilor, executorilor testamentari sau administratorilor patrimoniului succesoral și care servește, concomitent, la exercitarea drepturilor respective¹⁶⁾.

Utilitatea certificatului este evidentă, însă potrivit pct. 69 din regulament, utilizarea certificatului nu ar trebui să fie obligatorie, ceea ce înseamnă că persoanele în măsură să solicite un certificat nu ar trebui să aibă obligația să facă acest lucru, dar ar trebui să aibă libertatea să folosească celelalte instrumente disponibile în temeiul prezentului regulament (hotărâri, acte autentice și tranzacții judiciare). Dar, astfel cum se precizează, nicio autoritate sau persoană căreia i se prezintă un certificat emis într-un alt stat membru nu ar trebui să poată solicita să i se prezinte, în locul certificatului, o hotărâre, un act autentic sau o tranzacție judiciară. Cu alte cuvinte, în statele membre persoanele interesate pot folosi deopotrivă certificatul nou-creat sau actele având aceeași valoare emise în statele respective, neputându-se impune obligativitatea certificatului european de moștenitor.

În ceea ce privește eliberarea certificatului, potrivit pct. 70 din regulament, fiecare stat membru ar trebui să stabilească în legislația internă ce autorități ar trebui să fie competente să elibereze certificatul, și anume instanțele judecătorești sau alte autorități competente în materie de succesiuni, de exemplu, notarii. Regulamentul prevede de asemenea, că statele membre vor trebui să comunice Comisiei care sunt autoritățile emitente ale certificatului astfel încât aceste informații să poată fi puse la dispoziția publicului.

Efectele produse de certificat vor fi același în toate statele membre, iar acesta nu ar trebui să aibă forță executorie în sine, ci efect probatoriu, și ar trebui să se considere că acesta dovedește în mod fidel elementele stabilite în temeiul legii aplicabile succesiunii sau în temeiul oricărei alte legi aplicabile elementelor specifice, precum condițiile de fond ale dispoziției pentru cauză de moarte, se arată

¹⁶⁾ D. Negrilă, *Moștenirea în noul Cod civil. Studii teoretice și practice*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 324.

la pct. 71 din regulament. Tot aici se menționează faptul că efectele probatorii ale certificatului nu ar trebui extinse la elemente care nu sunt reglementate prin prezentul regulament, cum ar fi, spre exemplu, problema filiației sau, în cazul unui anumit bun, acela de a stabili dacă acesta a aparținut sau nu defunctului.

Eliberarea certificatului se face, potrivit principiului disponibilității, la cerere, la fel ca în dreptul intern, iar originalul acestuia rămâne la autoritatea emitentă, solicitanților sau persoanelor care dovedesc un interes legitim, eliberându-li-se copii certificate ale acestuia, se arată la pct. 72 din regulament, iar potrivit art. 69, certificatul produce efecte în fiecare stat membru fără a fi necesară nicio procedură specială. Copiile certificate astfel eliberate părților au o valabilitate limitată în timp la 6 luni, perioadă ce poate fi prelungită de autoritatea emitentă doar în situații excepționale. Eliberarea certificatului european se face cu acordul tuturor moștenitorilor asupra compoziției masei succesoriale, asupra calității moștenitorilor și a drepturilor cuvenite acestora, întocmai ca în dreptul intern. Certificatul nu poate fi emis dacă în privința elementelor care trebuie certificate există contestații sau dacă certificatul nu ar fi în conformitate cu o hotărâre privind aceleași elemente.

Inițiativa legislativă privind crearea certificatului european de moștenitor nu este la adăpost de critici din punct de vedere al aplicabilității sale practice, atâta vreme cât în statele membre se observă existența unor reglementări diferite în materia libertății testamentare, a existenței unor proceduri diferite legate de recunoașterea calității de moștenitor, a unor dispoziții diferite în domeniul succesiunilor vacante, a problemelor de calificare diferită în privința bunurilor ce compun masa succesorală¹⁷⁾. Cu toate acestea, noul certificat european de moștenitor va reprezenta soluția pentru a depăși măcar în parte aceste inconveniente, având în vedere că acesta va fi utilizat pentru a proba, potrivit art. 63 din regulament, statutul și/sau drepturile fiecărui moștenitor sau, după caz, ale fiecărui legatar menționat în certificat și cotele-părți ce le revin din patrimoniul succesoral, va fi menționată atribuirea unui bun sau a anumitor bunuri care fac parte din patrimoniul succesoral moștenitorului/moștenitorilor sau, după caz, legatarului/legatarilor menționați în certificat, precum și atribuțiile persoanei menționate în certificat ca executor testamentar sau ca administrator al patrimoniului succesoral.

Utilizarea certificatului poate, de asemenea, constitui soluția cea mai pertinentă pentru a rezolva succesiunile cu element de extraneitate, dat fiind că în acest fel se va evita întocmirea actelor aferente în statul membru și apoi traducerea acestora pentru a fi utilizate în alt stat membru. Elementele cuprinse în certificatul european de moștenitor vor proba cele acolo menționate, iar în plus certificatul astfel eliberat va constitui un titlu valabil pentru înscrierea bunurilor succesoriale în registrul corespunzător al unui stat membru. Aici rămâne de văzut dacă certificatul european de moștenitor, spre exemplu, va conține toate elementele de identificare a bunurilor imobile, spre exemplu situate în România, pentru ca Oficiul de Cadastru și Publicitate Imobiliară să poată opera înscrierea dreptului de proprietate. La nivelul celor 28 de state membre ale Uniunii Europene există o multitudine de diferențe în ceea ce privește publicitatea dobândirii drepturilor reale. În ipoteza în care certificatul

¹⁷⁾ Pentru amănunte a se vedea I. Popa, *Curs de drept notarial*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 202-205.

europăean de moștenitor nu va cuprinde toate elementele necesare, conform legislației interne, pentru a putea fi înregistrate în registrele corespunzătoare ale unui stat membru, vor fi necesare noi documente interne, iar procedura va deveni de durată și în același timp mai costisitoare. Dar, dincolo de aceste aspecte incerte legate de aplicabilitatea practică a certificatului, în anumite privințe, nu putem să nu remarcăm utilitatea acestuia. După cum ne-a arătat practica, orice demers legislativ este perfectibil, în funcție de eventualele disfuncționalități sesizate, astfel încât ne exprimăm convingerea că în timp vor fi rezolvate toate aspectele care la acest moment apar neclare în aplicarea regulamentului.

5. Concluzii

Cu toate că ne-am propus a analiza cât mai mult din noile prevederi aduse în prim-plan de Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012, în materia succesiunilor, demersul este abia la început, reușind să prezinte noțiunea de reședință obișnuită a defunctului ca punct de legătură în aplicarea regulilor astfel stabilite, precum și o succintă prezentare a certificatului european de moștenitor. Nu putem finaliza prezentul studiu fără a sublinia că implementarea acestor reglementări constituie un pas important în demersul consolidării securității și justiției în cadrul Uniunii Europene. Dar pe lângă elementele salutare ale acestui regulament, nu trebuie pierdut din vedere faptul că fiecare stat membru are o anumită tradiție în reglementarea dreptului succesoral și, din acest punct de vedere, regulamentul ar putea atenta la regulile statornicite în statele membre, iar dezideratul de a crea un drept succesoral european s-ar putea găsi într-un oarecare impas. În egală măsură nu pot fi ignorate nici numeroasele probleme practice care se vor ivi în viitor privind aplicarea acestui regulament.

**DESPRE CLARITATE ȘI OBSCURITATE
NORMATIVĂ ÎN MATERIA CONȚINUTULUI
INFRAȚIUNII ATUNCI CÂND SE REGLEMENTEAZĂ
TENDINȚE ATENUANTE SAU AGRAVANTE ALE
LEGIUTORULUI PENAL.**

**REFLECȚII PRIVIND DETERMINAREA UNEI
ANUMITE NATURI JURIDICE A DISPOZIȚIEI LEGALE
DIN ART. 308 COD PENAL ROMÂN ASTFEL CUM A
FOST ACEASTA STABILITĂ PRIN JURISPRUDENȚA
OBLIGATORIE A INSTANȚEI SUPREME***

*Asist. univ. dr. Mihai DUNEA
Facultatea de Drept
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*

**§ About clarity and obscurity in expressing the constitutive
content of incriminating norms, when regulating
mitigating or aggravating legislative trends in
the field of criminal policy.**

**Reflections on the determination of a specific legal
nature for the provisions of art. 308 of the Criminal Code
as established by the mandatory jurisprudence of
Romania's Supreme Court**

Abstract:

The present article continues the post-doctoral research preoccupations of the author, being part of a research project upon the topic: “Modernization of the criminal law and the normative model: between expectation (desideratum) and reality in expressing the criminal policy of mitigating or aggravating invoice”. The object of the study is the observation and analysis of legislative reality, respectively of the reasonable scientific aspirations in what should represent the appropriate ways in which the legislature may express (especially

* „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013” / “This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/141699, Project ID 141699, co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013”.

thru rules of incrimination), its mitigating or aggravating tendencies (in relation to certain standards of reference, represented by particular offences). This analysis is confined to the presentation and critical commentary of a binding decision (for the legal practice in Romania), issued by the Supreme Court, relating to the legal nature of a provision of the current Romanian Criminal Code (art. 308), which established that the provision in question is an attenuated form of a / of several offence(s) regarding corruption and/or work-related misconduct, rather than a self regulated (autonomous) offence, or a particular (special) cause of reduction of punishment.

Keywords: *art. 308 of the Romanian Criminal Code; some corruption and / or work-related misconduct offences committed by ordinary clerks ("private servants", not public officials / functionaries); attenuated form of an offence; special cause of mitigation of punishment; self regulated (autonomous) offense; Decision no. 1/2015 of the panel of judges from the Romanian High Court of Cassation and Justice, with authority to pronounce prior rulings for the mandatory unraveling of some controversial issues of law.*

*

În cele ce urmează, ne propunem ca, plecând de la unele observații și comentarii pe marginea soluției și motivării unei decizii obligatorii a instanței supreme (anume: Decizia nr. 1/2015, pronunțată de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în materie penală, al Înaltei Curți de Casație și Justiție¹⁾), să relevăm (la rândul nostru, respectiv și în acest cadru) o importantă problemă „cu efect întârziat” existentă în reglementarea juridico-penală autohtonă²⁾, constând în determinarea corecteii naturi juridice a unor norme de incriminare prin intermediul cărora legiuitorul își manifestă ceea ce se poate numi - *lato sensu* - tendințe de factură atenuantă sau agravantă (prin raportare, desigur, la un etalon de referință, reprezentat de anumite dispoziții de incriminare). Această chestiune este circumscrisă aspectelor care țin de teoria generală a conținutului infracțiunii (de particularitățile și variațiile, poziția, tipul, rolul și efectele diferitelor elemente constitutive sau circumstanțiale ale conținutului incriminării), precum și relației de interdependență care există (sau ar trebui să existe) între acest domeniu - de ordin,

¹⁾ Decizia, pronunțată la data de 19 ianuarie 2015 (în Dosarul nr. 29/1/2014/HP/P), a fost publicată în Monitorul Oficial al României [în continuare, pe parcursul acestui articol: „M. Of.”], Partea I, nr. 105/2015 (10 februarie 2015); decizia poate fi consultată, în format electronic, pe site-ul Înaltei Curți de Casație și Justiție, la adresa de internet: [http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery\[0\].Key=id&customQuery\[0\].Value=114121](http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery[0].Key=id&customQuery[0].Value=114121) (verificată la 8 martie 2015). *Fiind vorba despre o decizie pronunțată cu titlu de hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor chestiuni de drept - potrivit procedurii reglementate de art. 475-477¹ Cod procedură penală (în continuare: „C.P.P.”) - ne vom referi, în continuare, la această hotărâre, sub forma: „H.P. (pen.) nr. 1/2015”, iar la tipul acesta de decizii, în general, sub forma: „H.P.”. În ceea ce privește Înalta Curte de Casație și Justiție, ne vom referi la această instanță, pe parcursul acestui articol, sub forma: „Î.C.C.J.”, iar la completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept (în materie penală) ne vom referi sub forma: „Comp. D.C.D. (pen.)”.*

²⁾ Și nu numai autohtonă, dar în cadrul prezentei analize nu ne propunem să părăsim spațiul de referință al dreptului intern.

predilect, științific - și domeniul (oarecum aleatoriu, conjunctural) al tendințelor de politică penală ale legiuitorului (determinat³⁾), interacțiunea dintre cele două sfere, astfel precizate, realizându-se pe terenul (pseudo-)științific al tehnicii legislative de elaborare și sistematizare a normelor juridice (în stadiul particular în care se găsește aceasta, la un anumit moment dat, într-o anumită organizare etatică).

Astfel, problema de drept a cărei solicitare de soluționare a condus la pronunțarea H.P. nr. 1/2015, vizează determinarea naturii juridice a dispoziției cuprinse în art. 308 Cod penal român (nou)⁴⁾, dintre mai multe variante, anume: infracțiune autonomă; cauză de reducere a limitelor de pedeapsă; formă atenuată a unei alte/a altor infracțiuni (sesizarea și - implicit - decizia pronunțată vizează, nemijlocit, raportul dintre art. 308 C.P.⁵⁾ și infracțiunea de delapidare - art. 295 C.P. - deși, odată stabilită natura juridică a prevederii în cauză, ea urmează a se impune, inerent, atât în raport de delapidare, cât și de toate celelalte incriminări menționate în art. 308 alin. (1) C.P., respectiv o serie de infracțiuni de corupție și de serviciu, printre care și delapidarea). Chestiunea în cauză poate fi ridicată și cu privire la anumite dispoziții incriminatorii cu tentă agravantă (față de un anumit etalon de referință, reprezentat de unele norme de incriminare), după cum se face referire în chiar cuprinsul deciziei mai sus invocate⁶⁾.

³⁾ (Și) Sub acest aspect, trebuie să realizăm multipla determinare a legiuitorului: temporală, politică, socioistorică, poate nu în ultimul rând dependentă de conjunctura macroeconomică ș.a.m.d.

⁴⁾ Legea nr. 286/2009 (cu modificări ulterioare), în vigoare de la 1 februarie 2014. În continuare, pe parcursul acestui articol, vom utiliza abrevierea: „C.P.”

⁵⁾ Pentru facilitarea urmăririi problematicei analizate în cadrul prezentului articol, vom reproduce dispoziția textului de lege la care facem referire: „Art. 308. Infracțiuni de corupție și de serviciu comise de alte persoane. (1) Dispozițiile art. 289-292, 295, 297-301 și 304 privitoare la funcționarii publici se aplică în mod corespunzător și faptelor săvârșite de către sau în legătură cu persoanele care exercită, permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute la art. 175 alin. (2) ori în cadrul oricărei persoane juridice. (2) În acest caz, limitele speciale ale pedepsei se reduc cu o treime.”

⁶⁾ În cuprinsul H.P.(pen.) nr. 1/2015 (pct. VI - partea deciziei în care se indică punctele de vedere exprimate de către instanțe) se realizează următoarea apreciere relativă la dispozițiile cuprinse în art. 309 C.P.: „...s-a evidențiat că la infracțiunile de corupție și de serviciu prevăzute în titlul V al Codului penal, partea specială, legiuitorul, pentru economie de text și evitarea unor repetări sau suprapuneri, a procedat la incriminarea variantelor agravate, când unele dintre aceste fapte au produs consecințe deosebit de grave, într-un text unic situat la finele incriminării grupului de fapte de corupție și de serviciu, în art. 309...”. Totodată, la pct. XII din cuprinsul deciziei - reprezentând acea parte a considerentelor care conține argumentarea proprie a soluției indicate în dispozitiv, realizată de Comp. D.C.D. (pen.) al Î.C.C.J. - se specifică: „Uneori, din rațiuni de tehnică legislativă, variantele [de incriminare, ca forme derivate ale infracțiunii-tip - precizarea noastră, M.D.] se pot constitui prin derivație pe orizontală și astfel au fost reglementate separat variantele calificate ale infracțiunii de bază, de la care s-a păstrat chiar denumirea marginală, cum ar fi, spre exemplu, omorul calificat, furtul calificat ori tâlhăria calificată, precum și variantele atenuate și agravate, cum ar fi, spre exemplu, dispozițiile art. 308 din Codul penal (...) și art. 309 din Codul penal (...)”.

Se impune să facem expres precizarea că *această interpretare nu poate fi apreciată ca obligatorie pentru instanțe*, nefiind situată în dispozitivul deciziei pronunțate ca hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în condițiile în care, spre deosebire de deciziile Curții Constituționale a României, deciziile pronunțate de instanța supremă în

După cum se cunoaște, Comp. D.C.D. (pen.) al Î.C.C.J. a statuat în problema sesizată, prin decizia - H.P.(pen.) - nr. 1/2015, că „dispozițiile art. 308 din Codul penal reprezintă o variantă atenuată a infracțiunii de delapidare prevăzute de art. 295 din Codul penal”, respectiv (în mod *consecvent cu această soluție*), că „la calcularea termenului de prescripție a răspunderii penale se ține seama de pedeapsa prevăzută de art. 295 din Codul penal raportat la art. 308 alin. (2) din Codul penal”.

*

Problema (care nu poate fi apreciată ca prezentând în mod neapărat caracter de noutate, dispoziții normative de incriminare care solicitau clarificarea naturii lor juridice, în acest sens, fiind cunoscute și în legislațiile noastre penale anterioare), a rămas pentru o lungă perioadă de timp într-un veritabil „con de umbră”, preocupările constante, exprese și directe ale doctrinei și practicii judiciare ocultând-o sau acordându-i doar o atenție secundară, nejustificată față de importanța sporită pe care corecta sa soluționare o implică în teoria și aplicarea dreptului penal (material, dar și - cel puțin sub anumite aspecte - procesual). Astfel, de stabilirea exactă a naturii juridice a unei norme de incriminare ca reprezentând, după caz, formă (variantă) atenuată/agravată a unei anumite infracțiuni, cauză specială de reducere/sporire a pedepsei, ori infracțiune de sine stătătoare (autonomă) - în acest din urmă caz, interesează, în cadrul prezentei analize, doar incriminările în cazul cărora este evidentă derivarea, în sens atenuat/agravat, dintr-o altă normă de incriminare, reglementată separat (și cu afirmarea unei independențe juridice între cele două) - pot depinde numeroase efecte juridice produse asupra unor instituții generale de drept penal (e.g.: participația; prescripția răspunderii penale; aspecte privind incidența unor dispoziții de incriminare/sanționare a tentativei în cazul anumitor infracțiuni; identificarea drept real ori personal a elementului de factură atenuantă ori agravantă din conținutul incriminării, prin raportare la etalonul de referință, cu implicații în comunicarea efectului acestuia asupra participanților⁷⁾ etc.) ori procesual penal (e.g.: determinarea competenței materiale; putem indica din nou, inclusiv în această privință, problema prescripției răspunderii penale - instituția

aducerea la îndeplinire a competenței sale de interpretare unitară a legii nu sunt integral obligatorii, ci doar sub aspectul statuărilor fixate în dispozitivul deciziei.

Pentru facilitarea urmăririi problematicei analizate în cadrul prezentului articol, vom reproduce dispoziția textului de lege la care facem referire: „Art. 309. Faptele care au produs consecințe deosebit de grave. Dacă faptele prevăzute în art. 295, art. 297, art. 298, art. 300, art. 303, art. 304, art. 306 sau art. 307 au produs consecințe deosebit de grave, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege se majorează cu jumătate.”

- ⁷⁾ Considerăm că acele elemente (stări, situații, împrejurări, calități etc.) originare de factură personală, cuprinse în conținutul juridic al unei infracțiuni, cu titlu de elemente constitutive, esențiale pentru existența infracțiunii în forma sa tip, de bază, se obiectivează, astfel încât determină producerea de efecte juridice și asupra participanților care, fără a le verifica în propria persoană, le cunosc sau le prevăd; în schimb, atunci când respectivele elemente, de ordin personal, sunt valorificate de legiuitor doar cu titlu de elemente circumstanțiale atenuate/agravante, ori de cauze speciale de reducere sau sporire a pedepsei, ele își mențin caracterul strict personal (sunt „circumstanțe” pur personale), astfel încât nu afectează (nu ar trebui să afecteze) răspunderea penală a participanților care nu le verifică individual, chiar dacă aceștia ar cunoaște sau ar prevedea existența lor în persoana autorului/participanților terți.

având dublă natură juridică, de drept penal material și procesual; poate, chiar, aspecte care țin de stabilirea caracterului din oficiu, sau condiționat de formularea unei plângeri prealabile, al demarării/desfășurării instrucției penale etc.).

Dovadă pentru insuficienta conturare a unei coerente teorii generale a problemei astfel identificate stau opiniile diferite, existente în întreaga doctrină, cu privire la natura juridică a anumitor dispoziții penale speciale, respectiv referitoare la efectele produse de anumite dispoziții de incriminare asupra unor instituții juridico-penale față de care incriminările respective sunt apte să realizeze interacțiuni⁸⁾. În urma unui rapid bilanț, putem afirma, fără prea multă temere de greșeală, că în dreptul nostru nu sunt încă pe deplin formulate clar, într-o manieră generalizată, caracterizată de consens (sau cvasiconsens) doctrinar, noțiunile (des uzitate, însă, fie *per se*, fie în exprimări ori referiri alternative pe fond), de: formă/variantă atenuată/agravată a unei infracțiuni; cauză specială de reducere/agravare a pedepsei; infracțiune (de sine stătătoare) construită de legiuitor prin derivare, în sens atenuat ori agravat, de la o altă incriminare, în raport de care nu i se mai menține, însă, dependența juridică. Este cert că, în toate cazurile la care facem referire, este vorba despre căi legislative (diferite, totuși) prin care legiuitorul tinde, în cadrul unei norme de incriminare, către producerea unui efect univoc prin comparație cu o altă dispoziție de incriminare: diminuarea sau sporirea gravității acesteia, în raport cu etalonul de referință, respectiv scăderea sau ridicarea, corespunzătoare, a intensității abstracte a reacției represive față de infractor. Pe de altă parte, dincolo de acest efect comun final, modalitățile normative enumerate, fiind distincte în privința modului formal

⁸⁾ Lista exemplurilor fiind amplă, o enumerare extensivă ar depăși cadrul articolului de față. Drept urmare, spicuind, vom indica, de pildă, situația în care, în chiar una și aceeași lucrare, natura juridică a dispoziției din art. 200 alin. (1) C.P. este indicată drept „formă atenuată a omorului”, iar dispoziția din art. 200 alin. (2) C.P. este considerată „cauză specială de reducere a pedepsei” (ceea ce este nefiresc, căci natura lor juridică ar trebui să fie identică, prin raportare - desigur - separat, la incriminările anume pe care le vizează fiecare în parte) - M. Udroi, V. Constantinescu, *Noul Cod penal. Codul penal anterior. Prezentare comparativă, observații, ghid de aplicare, legea penală mai favorabilă*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 277. Confuzia ajunge uneori până în punctul în care se depășesc (inclusiv în exprimare) granițele - de regulă, măcar formal menținute - dintre conceptele alternative în discuție (formă atenuată/agravată; cauză specială de reducere/sporire a pedepsei; infracțiune de sine stătătoare, așadar incriminare autonomă), elaborându-se combinații ale acestora (exprimate, însă, într-un stil firesc care ar trebui, probabil, să minimizeze caracterul lor inedit, acreditând imaginea falsă a referirii la o formă juridico-penală deja consacrată); spre exemplu: „Infracțiunea de violență în familie nu are o incriminare echivalentă în C. pen. 1969, însă dispozițiile din legea nouă nu constituie decât *forme agravate cu incriminare autonomă* [sic!] *ale unor infracțiuni* contra vieții sau integrității corporale” - *Ibidem*, p. 276. În măsura în care se dorea exprimarea faptului că art. 199 C.P. ar reprezenta un sediu comun pentru reglementarea mai multor forme agravate ale unor infracțiuni contra persoanei, poate că formularea ar fi fost mai precisă în varianta: „prevederea, într-un text separat, a mai multor forme agravate ale unor infracțiuni...”, căci referirea la *incriminare autonomă* evocă natura juridică de incriminare de sine stătătoare, construită de legiuitor prin derivare în sens agravat de la o altă (alte) normă(e) de incriminare (în acest caz ar putea fi invocată ipoteza infracțiunii complexe), caz în care referirea la *forme agravate* (așadar, variante dependente juridic de incriminările lor de bază) nu ar mai fi posibilă fără a risca exprimarea unui nonsens (din perspectiva unei riguroase raportări la principiile științifice ale configurației autohtone a domeniului juridico-penal de referință)!

în care se prezintă, sunt diferite și în unele consecințe (implicit) determinate în interacțiunea lor cu diverse instituții penale sau procesual penale.

Credem că, sub acest aspect, al identificării precise și al relevării exacte a aspectelor comune, respectiv a celor diferite (care justifică afirmarea lor ca modalități separate, distincte, de urmărire a unui scop legislativ unitar), a acestor alternative normative existente în exprimarea, prin norme penale speciale, a tendințelor de atenuare sau agravare pe care le manifestă legiuitorul, doctrina și practica de specialitate nu au formulat încă o teorie completă, general valabilă, aptă să ghideze științific (sub aspectul formei juridice pe care trebuie să o îmbrace, pentru a fi riguros exprimată) decizia legiuitorului de a impune un sens atenuat sau agravat al unei incriminări, în considerarea unor variabile speciale, decizie animată de (în principiu) necenzurate motivații de politică penală. Problema este cu atât mai gravă cu cât, aparent, termenii la care ne referim indică niște realități de bază ale sistemului normativ, existând impresia (de multe ori nesusținută) că elementele lor esențiale sunt pe deplin cunoscute, înțelese și ușor recognoscibile, nu doar în aspectele lor teoretice, abstracte, dar și în mod aplicat, în formulările concrete ale unor texte legale. Cu toate acestea, atunci când se ridică, uneori, problema identificării specifice, punctuale, a naturii juridice exacte a unor asemenea dispoziții, sunt de sesizat divergențe doctrinare și jurisprudențiale majore, care - la rândul lor - sunt insuficient sesizate și abordate în analiza proprie literaturii de specialitate. Ne întrebăm, în asemenea cazuri, ce mai rămâne din aparenta siguranță a întrebuintării curente a noțiunilor care desemnează aceste instituții alternative, precum și ce exprimă despre această siguranță disensiunea astfel conturată⁹⁾?

Cu alte cuvinte, credem că se impune o mai precisă analiză și determinare doctrinară a teoriei generale a infracțiunii, sub aspectul identificării diferențelor și asemănarilor dintre diferitele modalități prin care legiuitorul își poate exprima prin norme speciale, de incriminare, tendințele de factură atenuantă/agravantă (față de diferite etaloane de referință, reprezentate de norme de incriminare determinate), tocmai pentru a sesiza științific implicațiilor lor comune, ori, după caz, distincte, produse asupra unor

⁹⁾ Astfel, pentru a exemplifica cu o ipoteză din chiar cuprinsul deciziei analizate, atragem atenția asupra faptului că, printre punctele de vedere exprimate de instanțe în considerarea problemei de drept care a făcut obiectul H.P.(pen.) nr. 1/2015, se regăsește și următoarea formulare: „(...) dispozițiile art. 308 din Codul penal nu constituie o cauză de reducere a pedepsei, ci aceste dispoziții legale reglementează o infracțiune de sine stătătoare (...). (...) concluzia de mai sus este evidentă” [s.n. - M.D.] - H.P.(pen.) nr. 1 /2015, pct. VI. Pe de altă parte, în considerentele aceleiași decizii, Comp. D.C.D. (pen.) al Î.C.C.J. specifică: „Astfel, infracțiunea de delapidare prevăzută de art. 295 din Codul penal constituie infracțiunea-tip, reprezentând forma de bază, în raport cu dispozițiile art. 308 din Codul penal care, în mod evident, ca urmare a extinderii vizând subiectul activ al infracțiunii-tip (...), reprezintă o variantă atenuată a acesteia” [s.n. - M.D.] - H.P.(pen.) nr. 1/2015, pct. XII. Decurge, în mod evident, că aprecierea evidenței unei anumite naturi juridice a unei dispoziții legale controversate (sub aspectele preindicate, pe care le avem în vedere în acest cadru), constituie un demers cu o consistent dezvoltată dimensiune de subiectivism (poate, chiar, într-o prea mare măsură - împrejurare datorată, printre altele, tocmai lipsei unor repere științifice clar evidențiate, asupra cărora să planeze consensul teoretic în doctrină), stare de lucru care nu poate fi apreciată drept o bună practică nici în activitatea de legiferare care conduce la asemenea situații, nici în activitatea de interpretare a normei în vederea aplicării sale.

diverse instituții juridico-penale. Astfel, s-ar putea oferi legiuitorului o îndrumare superioară celei existente în prezent, anume i s-ar crea posibilitatea reală și necesară de a opta informat, dintre mai multe alternative existente, pentru varianta care prezintă aptitudinea cea mai sporită de a produce, cât mai fidel (și cu minimum de neajunsuri) efectul urmărit în considerarea politicii penale promovate la un anumit moment dat. Prin consecință, tehnica elaborării și sistematizării normelor juridico-penale s-ar perfecționa, iar riscul apariției unor interpretări neunitare contraproductive (sub atâtă aspecte) ar fi limitat dintru bun început!

Alternativa - menținerea statu-quoului tehnicii legislative deficitare, sub acest aspect, mizând pe „câmpirea” ulterioară operată prin jurisprudența interpretativ obligatorie a instanței supreme (configurată prin intermediul deciziilor pronunțate în soluționarea unor recursuri în interesul legii¹⁰⁾, ori a unor hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept) - nu o apreciem drept o soluție viabilă și eficientă pe termen lung, din cauza ambiguității pe care este aptă să o creeze în recepționarea clară și nemijlocită a voinței legiuitorului de către destinatarul neavizat (nespecialist - așadar, destinatarul tipic) al legii penale (ridicându-se astfel problema respectării principiului legalității sub aspectul componentei *lex certa*), precum și a caracterului inechitabil al diferențelor produse (plecându-se de la o situație juridică similară și în considerarea uneia și aceleiași dispoziții legale), între soluțiile distincte față de rezolvarea impusă prin R.I.L. sau H.P. și această din urmă soluție, atunci când primele au fost stabilite prin hotărâri rămase definitive anterior momentului dobândirii forței obligatorii a celei din urmă. O mai clară și explicită indicare legislativă a naturii juridice a normei de incriminare care exprimă o tendință atenuantă sau agravantă a legiuitorului penal, cu observarea și respectarea unui set de reguli simple și clare (nechivoce), ar asigura caracterul efectiv al unui asemenea deziderat și ar scuti teoria, dar mai ales practica judiciară, de multe controverse inutile, de numeroase soluții neunitare contraproductive și de o doză sporită de frustrare determinată, în rândul destinatarilor legii, față de sistemul de justiție, ca urmare a inechității pronunțării unor soluții diferite, plecându-se însă de la situații juridice similare (soluții întemeiate adeseori, în drept, în mod paradoxal, pe una și aceeași dispoziție legală)!

Doar în mod sporadic și de dată relativ recentă în perioada modernă/contemporană, doctrina a abordat efectiv, în mod direct, problema astfel expusă, însă nici pe departe cu intensitatea reclamată de o chestiune atât de interesantă și importantă, sub aspectul efectelor pe care le implică¹¹⁾. Ne exprimăm (și în acest

¹⁰⁾ În continuare, pe parcursul acestui articol, vom folosi abrevierea: „R.I.L.”.

¹¹⁾ Cu titlu de exemplu, putem indica, în acest cadru, unele lucrări (inclusiv articole, dintre care unele nu neapărat publicate în cadru convențional - ceea ce nu le-a răpit însă [ba din contra...] din impact, sub aspectul vitezei de difuzare și ariei de răspândire, de luare la cunoștință), precum: V. Cioclei, *Despre natura juridică a art. 308 Cod penal și calcularea termenului de prescripție*, articol publicat în *Revista de note și studii juridice*, pe site-ul (de profil) www.juridice.ro (adresa completă de internet pentru consultarea articolului - verificată la data de 10 martie 2015 - este: <http://www.juridice.ro/355041/despre-natura-juridica-a-art-308-cod-penal-si-calcularea-termenului-de-prescriptie.html>); Al. Șinc, *Natura dispozițiilor din art. 308 din Codul penal și consecințele acesteia*, articol publicat în *Revista de note și studii juridice*, pe site-ul (de profil) www.juridice.ro (adresa completă de internet pentru consultarea articolului - verificată la data de 10 martie 2015 - este: <http://www.juridice.ro/355041/despre-natura-juridica-a-art-308-cod-penal-si-calcularea-termenului-de-prescriptie.html>).

cadru) speranța că această inerție nejustificată va fi depășită, cu atât mai mult acum, când conștientizarea existenței problemei relevate a atins explicit și palierul superior al jurisprudenței naționale. Pe de altă parte, trebuie să ne exprimăm (în mod aparent paradoxal) îngrijorarea, în următorul sens: lipsa unei cointerese mai accentuate și a unei dinamizări rapide a doctrinei, în domeniul la care facem aici referire și într-un asemenea moment (în care și atenția practicienilor a fost polarizată asupra chestiunii în discuție) riscă să paralizeze și mai profund, pe viitor, cercetarea științifică în materie. Aceasta deoarece, odată formulată și activă, soluția instanței supreme poate tempera plâpândul interes nou-stârnit cu privire la aspectul pe care îl expunem, tocmai din cauza caracterului obligatoriu prin care aceasta se impune în practica aplicării dreptului, având capacitatea să atrofieze orice demers cognitiv care nu s-ar înscrie în linia de gândire impusă imperativ instanțelor (dar nu neapărat și teoreticienilor, precum nici viitorului legiuitor penal - care ar putea fi inspirat să acționeze și într-un alt sens, în această materie, dacă argumentele formulate ar fi suficient de întemeiate...).

juridice.ro/354604/natura-dispozitiilor-art-308-din-codul-penal-si-consecintele-acesteia.html); Al. Șinc, *Probleme controversate privind dispozițiile art. 279 din Codul penal*, articol publicat în Revista de note și studii juridice, pe site-ul (de profil) www.juridice.ro (adresa completă de internet pentru consultarea articolului - verificată la data de 10 martie 2015 - este: <http://www.juridice.ro/333850/probleme-controversate-privind-dispozitiile-art-279-din-codul-penal.html>). Problema face, de o vreme, și obiectul preocupărilor noastre. În acest sens, a se vedea: M. Dunea, *Approaches on the legal nature of the offense provided by article 200 from the new Romanian Criminal Code: murder or injury of the newborn committed by the mother*, în Journal of Public Administration, Finance and Law, Special Issue 1 (2014), p. 112-126 (articolul poate fi consultat, on-line, pe site-ul revistei - www.jopaf.com - la adresa exactă de internet - verificată la data de 10 martie 2015 - http://www.jopaf.com/uploads/issue6/special_issue.pdf); M. Dunea, *Expresii normative speciale ale politicii penale de factură atenuantă sau agravantă ale legiuitorului penal/Criminal lawmaker mitigating or aggravating special normative terms of criminal policy*, articol publicat în volumul Conferinței Internaționale „Uniformization of the law - legal effects and social, political, administrative implications”, organizată la Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, în perioada 23-25 octombrie 2014; M. Dunea, *General aspects on the regulation of criminal liability of the legal entity in the present Romanian criminal law. The reflection of the mitigating and aggravating circumstances regarding the criminal liability of the legal entity*, în Journal of Public Administration, Finance and Law, Issue 6 (2014), p. 255-268 (articolul poate fi consultat, on-line, pe site-ul revistei - www.jopaf.com - la adresa exactă de internet: http://www.jopaf.com/uploads/issue7/GENERAL_ASPECTS_ON_THE_REGULATION_OF_CRIMINAL_LIABILITY_OF_THE_LEGAL_ENTITY_IN_THE_PRESENT_ROMANIAN_CRIMINAL_LAW.pdf). Totodată, la data elaborării prezentului articol, se găsea deja trimis spre participare la Conferința internațională de drept, studii europene și relații internaționale, ediția a III-a, cu tema „Dreptul între modernizare și tradiție. Implicații asupra organizării juridice, politice, administrative și de ordine publică”, organizată la Facultatea de Drept a Universității „Titu Maiorescu” din București, un articol al aceuiași autor, denumit: *Observații privind raportul dintre opțiunile în determinarea naturii juridice a anumitor norme de incriminare și semnificația expresiei pedeapsă prevăzută de lege/Comments on the relation between the options in deciding the legal nature of certain indictment rules and the significance of the expression prescribed penalty*, care urmează a fi publicat în volumul conferinței.

*

Revenind, în privința câtorva aspecte mai relevante, asupra soluției și argumentării din H.P.(pen.) nr. 1/2015, urmărim să punctăm, pe scurt, unele aspecte discutabile sau controversate, ori de-a dreptul criticabile, desprinse din cuprinsul acestei decizii, formulând unele observații.

I. În primul rând, trebuie denunțată ca profund incorectă o idee care se regăsește menționată (e adevărat, într-un plan secundar, fiind infirmată chiar de soluția atinsă în cauză) în cuprinsul deciziei, referitoare la pedeapsa prevăzută de lege în funcție de care urmează a se determina durata termenului de prescripție a răspunderii penale.

Astfel, după cum este bine cunoscut, legiuitorul stabilește termene diferite de prescripție a răspunderii penale, în funcție de gravitatea abstractă (superioară) a faptelor incriminate [art. 154 alin. (1) C.P.]. Când se impune, într-o speță determinată, identificarea prevederii legale care stabilește durata termenului de prescripție a răspunderii penale, este necesară efectuarea unei corecte încadrări juridice a faptei comise în concret, urmând a se observa care dintre prevederile cuprinse la literele a)-e) ale alin. (1) din art. 154 C.P. este incidentă, în funcție de natura pedepsei abstracte, respectiv - atunci când aceasta este pedeapsa închisorii - de valoarea maximului ei special. Pedeapsa prevăzută de lege (în sensul art. 187 C.P.), respectiv maximul ei special, care urmează a fi avute în vedere pentru determinarea duratei termenului de prescripție a răspunderii penale, sunt cele stabilite de legiuitor în norma de incriminare în care se efectuează stricta încadrare juridică a faptei (după caz: infracțiunea în forma-tip, de bază, ori în varianta atenuată sau agravată, fiecare având propria sa pedeapsă legală specifică), fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei. Așadar, atunci când o incriminare este reglementată de legiuitor în mai multe forme/variante, din care una de bază, iar celelalte derivate din aceasta, prin atenuare sau agravare (în condițiile menținerii dependenței lor juridice față de forma-tip), durata termenului de prescripție nu va fi, în mod necesar, aceeași, pentru toate formele/variantele infracțiunii (anume: durata indicată în funcție de pedeapsa prevăzută de lege - de maximul special al acesteia - pentru forma de bază), ci urmează a se determina separat, pentru fiecare formă/variantă în parte. Drept urmare, durata termenului de prescripție pentru forma de bază poate fi diferită de durata termenului de prescripție incidentă în cazul formei atenuate sau a celei agravate!

Or, din încheierea de sesizare care a condus la pronunțarea H.P.(pen.) nr. 1/2015, precum și din relatarea, în cuprinsul acestei decizii, a unor puncte de vedere transmise judecătorului-raportor, reiese că unii magistrați/unele instanțe au ignorat această regulă simplă (ceea ce este neliniștitor). Astfel, în opinia unor magistrați, deși se invoca drept natură juridică a dispoziției din art. 308 C.P. aceea de formă atenuată a delapidării, se trăgea concluzia că durata termenului de prescripție a răspunderii penale pentru comiterea acestei fapte urma să se determine tot în funcție de maximul special al pedepsei prevăzute de lege pentru delapidare, în forma de bază (astfel cum este acesta prevăzut la art. 295 C.P.), fără luarea în considerare a valorii respective reduse cu o treime, ca efect al prevederii din art. 308 alin. (2)

C.P.¹²⁾ Or, coerența logică a raționamentului și cunoașterea adecvată a unor repere științifice (necontroversate) în materia prescripției răspunderii penale, respectiv a aspectelor care țin de teoria generală a conținutului infracțiunii, impun ca - așa cum a stabilit, de altfel, în final, chiar instanța supremă¹³⁾ - dacă se optează, în afirmarea

¹²⁾ „...un alt membru al completului de judecată a adus la cunoștință punctul său de vedere, acesta constând în faptul că pedeapsa prevăzută de lege este cea prevăzută în textul art. 295 din Codul penal, limitele acesteia fiind forme atenuate [sic!] care nu au influență asupra reducerii termenului de prescripție” - H.P.(pen.) nr. 1/2015, pct. IV. Ne abținem de la comentarii suplimentare pe marginea acestei fraze, fiind evidente multiplele critici (de formă și de fond) care îi pot fi aduse! Însă, în același sens (ca idee pe fond) s-au pronunțat și alte instanțe, în punctele de vedere transmise judecătorului-raportor, în vederea pronunțării deciziei nr. 1/2015: „În considerarea opiniei că art. 308 din Codul penal constituie o variantă atenuată a infracțiunii prevăzute de art. 295 din Codul penal, s-a menționat că termenele de prescripție a răspunderii penale în cazul infracțiunii prevăzute de art. 308 din Codul penal se vor raporta la infracțiunea de bază, respectiv la cea prevăzută de art. 295 din Codul penal, respectiv la limitele de pedeapsă cuprinse între 2 și 7 ani închisoare” (așadar, nereduse cu 1/3, potrivit prevederii din art. 308 alin. (2) C.P.) - H.P.(pen.) nr. 1/2015, pct. VI. Sau (în același cadru): „(...) s-a concluzionat că infracțiunea prevăzută de art. 308 din Codul penal, fiind o formă atenuată a infracțiunii prevăzute de art. 295 din Codul penal, termenul de prescripție a răspunderii penale este de 8 ani, potrivit art. 154 alin. (1) lit. c) din Codul penal, corespunzător limitelor de pedeapsă stipulate de lege pentru forma de bază, respectiv între 2 și 7 ani închisoare” [s.n. - M.D.]. Nu înțelegem rațiunea din spatele unei asemenea opinii și ne întrebăm care ar fi putut să fie argumentele care să fi contribuit la formularea ei...

¹³⁾ Așa cum s-a specificat, în mod pertinent, în punctul de vedere transmis în această problemă judecătorului-raportor, de către Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, „(...) a doua problemă de drept supusă dezlegării, privind modul de calcul al termenului de prescripție a răspunderii penale pentru infracțiunea prevăzută de art. 295 din Codul penal coroborat cu art. 308 din același cod (...) rezolvarea acesteia derivă din interpretarea anterior dezvoltată, astfel că, întrucât art. 308 din Codul penal reprezintă o variantă atenuată a infracțiunii de delapidare, la calcularea termenului de prescripție a răspunderii penale relevante sunt avute în vedere limitele de pedeapsă reduse potrivit art. 308 alin. (2) din Codul penal” - H.P.(pen.) nr. 1/2015. Totodată, în considerentele proprii (finale) ale Comp. D.C.D. (pen.) al Î.C.C.J., cuprinse în decizia analizată, se indică: „Ca o consecință a argumentelor prezentate anterior și care exclud calificarea normei prevăzute în art. 308 din Codul penal ca fiind cauză de reducere a pedepsei, pentru calcularea termenului de prescripție în cazul săvârșirii infracțiunii de delapidare prevăzute de art. 295 din Codul penal, în varianta atenuată prevăzută de art. 308 din Codul penal, nu pot fi avute în vedere dispozițiile art. 187 din Codul penal [sic!], astfel că se va ține seama de pedeapsa prevăzută de art. 295 din Codul penal, redusă cu o treime”. Punctăm doar, cu titlu critic, faptul că, în aprecierea noastră, este eronată afirmația potrivit căreia, într-o asemenea ipoteză (dată fiind această interpretare a naturii juridice a prevederii cuprinse la art. 308 C.P.), „nu pot fi avute în vedere dispozițiile art. 187 din Codul penal”. În realitate, oricare ar fi fost soluția pronunțată cu privire la natura juridică a normei din art. 308 C.P., aplicabilitatea art. 187 C.P. (normă penală generală care stabilește sensul expresiei *pedeapsă prevăzută de lege*) nu ar fi putut să fie înlăturată, în raport de problema identificării duratei termenului de prescripție a răspunderii penale. Tocmai, în baza dispozițiilor acestui articol, dacă s-ar fi determinat că la art. 308 C.P. există o cauză de reducere a pedepsei, ar fi trebuit ca, în determinarea duratei termenului de prescripție a răspunderii penale, să nu se țină cont de valoarea redusă a maximelor speciale ale pedepselor abstracte prevăzute pentru formele-tip ale infracțiunilor la care face referire art. 308 alin. (1) C.P. În mod similar, tocmai în temeiul dispozițiilor acestui articol (187 C.P.), dacă s-a stabilit că natura juridică a prevederii din art. 308 C.P. este aceea de formă (comună) atenuată pentru unele infracțiuni de corupție și pentru unele infracțiuni de serviciu, în determinarea duratei termenului de prescripție a răspunderii penale trebuie să se ia în considerare valoarea

naturii juridice a normei cuprinse de art. 308 C.P., pentru varianta formei atenuate (comună infracțiunilor la care se face referire în cuprinsul său, inclusiv delapidării), să se admită, în vederea determinării întinderii termenului de prescripție a răspunderii penale, raportarea la pedeapsa prevăzută de lege pentru această infracțiune, în forma în care s-a reținut comiterea ei, anume cea atenuată (așadar la valoarea maximului special al pedepsei, astfel cum este acesta stabilit prin reducerea cu o treime a valorii indicate în norma de sancționare a delapidării forma-tip).

Cu alte cuvinte, în aplicarea, în acest caz, a art. 187 C.P., este important a se realiza distincția necesară între conceptul de *cauze de reducere sau de majorare a pedepsei* (care implică referirea la elemente atenuante sau agravante extrinseci conținutului juridic al infracțiunii: cauzele generale atenuante sau agravante - fie acestea stări ori circumstanțe; respectiv, cauzele speciale - *stricto sensu* - de reducere sau de majorare a pedepsei) și conceptul de *elemente atenuante sau agravante incluse în conținutul incriminării (intrinseci conținutului juridic al infracțiunii)*, fie acestea elemente constitutive¹⁴⁾, fie elemente circumstanțiale¹⁵⁾.

În legătură cu această problemă, este de observat că au existat confuzii (inexplicabile și condamnabile, în același grad) și în sens invers. Astfel, în cadrul aceleiași decizii (tot în expunerea punctului de vedere al unor instanțe cu privire la acest aspect al problemei de drept analizate), se indică: „(...) și în cazul instanțelor care au opinat că infracțiunea prevăzută de art. 308 din Codul penal nu constituie o formă atenuată a infracțiunii de delapidare, fiind de părere fie că reprezintă o infracțiune autonomă, fie că reprezintă o cauză de reducere, s-a apreciat că termenul de prescripție se calculează, de asemenea, potrivit art. 154 alin. (1) lit. d) Codul penal, prin raportare la limitele speciale de pedeapsă prevăzute pentru infracțiunile de delapidare, reduse prin voința legiuitorului, în raport cu calitatea persoanei, cu o treime” [s.n. - M.D.]. Evidentă confuzie! Soluția ar fi fost corectă numai în raport cu ipoteza aprecierii dispoziției din art. 308 C.P. drept o infracțiune „autonomă” (aspect sub care soluția în cauză și aceea a considerării acestei norme drept o formă atenuată a anumitor alte infracțiuni este identică), nu însă și în

redușă a maximului special al pedepselor prevăzute de lege pentru infracțiunile la care face referire art. 308 alin. (1) C.P. Această din urmă soluție s-ar fi menținut și în ipoteza în care s-ar fi determinat că natura juridică a dispozițiilor art. 308 C.P. ar fi fost aceea de infracțiune de sine stătătoare!

¹⁴⁾ În acest caz, aprecierea (judecata de valoare) referitoare la caracterul atenuant sau agravant al acestor elemente nu se poate efectua decât prin raportare (comparație) cu o altă normă de incriminare, reglementată distinct, creându-se, așadar, situația în care una dintre normele de incriminare a fost, în mod evident, construită prin derivație (fie în sens atenuat, fie în sens agravat) dintr-o alta, în raport cu care legiuitorul i-a afirmat, apoi, autonomia (independența) juridică. Pentru ipotezele de derivare (autonomă) prin agravare, formula care cuprinde, de regulă, asemenea construcții normative este reprezentată de infracțiunea complexă; în principiu, această formulă nu tinde a fi acceptată pentru a explica și construcțiile de incriminare (autonome) realizate ca urmare a unei derivări prin atenuare, cu toate că mecanismul tinde a fi același (în acest sens, a se vedea: M. Dunea, *Expresii normative speciale ale politicii penale de factură atenuantă sau agravantă ale legiuitorului penal* - citat anterior).

¹⁵⁾ În acest caz, apare situația unei infracțiuni care, în afară de forma sa tip, de bază, este reglementată și în forme/varianțe atenuate sau agravate (care rămân dependente juridic față de forma de bază, inclusiv în procesul realizării corectei încadrări juridice a faptei).

cazul acreditării naturii juridice de cauză specială de reducere a pedepsei. În acest din urmă caz, potrivit art. 187 C.P., existența cauzei de reducere nu se va lua în considerare pentru identificarea „pedepsei prevăzute de lege”, în funcție de care se va determina durata termenului de prescripție a răspunderii penale [drept urmare, în acest sens și pentru această operațiune, ar fi trebuit să fie avut în vedere maximul special neredus al pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea-tip - în speță, delapidarea, ceea ce ar fi indicat drept incident art. 154 alin. (1) lit. c) C.P.].

II. Deși constituie un aspect cu totul adiacent preocupărilor noastre în prezentul cadru, constatăm că, în punctul de vedere transmis, pe marginea problemei de drept analizate, de Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție¹⁶⁾, s-a calificat prevederea din art. 308 C.P. drept „o normă de referire care conține sancțiune și un element de dispoziție, acela referitor la subiectul activ, fiind incomplet [sic!] cu privire la acel element al dispoziției referitor la regula de conduită impusă”. Credem că se impun două observații cu privire la această afirmație.

În primul rând, deși este clar că în cazul prevederii legale cuprinse în art. 308 C.P. ne aflăm în prezența unei norme incomplete, suntem de părere că este dificil a o califica, în mod precis, drept normă de referire, cunoscută fiind lipsa unui consens științific asupra criteriului de clasificare al normelor incomplete drept norme de referire ori norme de trimitere. De altfel (și probabil tocmai din acest motiv), însuși noul legiuitor penal a relativizat, întrucâtva, aceste concepte (tradițional întrebuintate, dar obscure sub aspectul elementului de identificare și de departajare reciprocă), înscriind în art. 5 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a noului C.P. o regulă potrivit căreia o normă incompletă se comportă, după caz, fie ca o normă de referire (atunci când are loc o simplă modificare a normei completatoare), fie ca o normă de trimitere (atunci când are loc abrogarea normei completatoare, fără alte dispoziții exprese referitoare la situația normei incomplete)¹⁷⁾.

Dincolo de acest aspect (care se poate discuta), într-un al doilea rând, credem că se face o confuzie între elementele de structură ale normei juridice, căci stabilirea sferei subiecților (subiectelor) de drept ai normei reprezintă, potrivit teoriei generale a dreptului¹⁸⁾, un element (din mai multe posibile) caracteristic ipotezei,

¹⁶⁾ În continuare, pe parcursul acestui articol, referirea la Parchetul de pe lângă această instanță se va face sub forma: „P.-Î.C.C.J.”

¹⁷⁾ Se poate discuta, desigur, problema sferei de aplicare a dispoziției din art. 5 al Legii nr. 187/2012, anume, în ce măsură respectiva reglementare este incidentă în problema raportului dintre art. 308 C.P. (actual) și art. 295 (și nu numai) C.P. (actual). Pe de o parte, cadrul formal al reglementării (legea de punere în aplicare a noului C.P.), ar susține opinia că dispoziția este limitată la guvernarea conflictelor apărute în procesul aplicării noii legislații, în raport cu prevederile normative anterioare (așadar că nu ar avea incidență în probleme de coroborare a două norme aparținând aceluiași cod, cel nou). Pe de altă parte, caracterul imperativ și exprimarea de tip general întrebuintată de legiuitor ar putea acredita și ideea că regula privind combinarea/relativizarea conceptelor clasice de *norme de referire*, respectiv *norme de trimitere*, urmează a se impune și dincolo de orizontul limitat al problemelor ocazionate de punerea în aplicare a noii legislații penale, în raport cu stadiul normativ anterior.

¹⁸⁾ În acest sens, a se vedea, printre alte lucrări: N. Popa, M.-C. Eremia, S. Cristea, *Teoria generală a dreptului*, ed. a 2-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 137 ș.u.; I. Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 356 ș.u.;

iar nu dispoziției unei norme juridice. Pe de altă parte, regula de conduită impusă nu reprezintă doar un element al dispoziției normei juridice penale, ci constituie însăși această dispoziție!

III. În același registru (poate chiar și mai evident) credem că se încadrează și o altă afirmație necorespunzătoare nivelului înalt de analiză implicat de formularea unor puncte de vedere ale magistraților (de data aceasta judecători) în legătură cu problema de drept care a ocazionat pronunțarea H.P.(pen.) nr. 1/2015. Astfel, în cadrul prezentării argumentelor în susținerea punctului de vedere al instanțelor care considerau că art. 308 C.P. trebuie interpretat drept infracțiune de sine stătătoare (autonomă), s-a reprodus, în cuprinsul deciziei analizate, următoarea formulare: „Atât timp cât textul art. 308 din Codul penal instituie o condiție referitoare la conținutul constitutiv al infracțiunii de delapidare prevăzute de art. 295 din Codul penal, care nu se regăsește în norma de bază menționată, respectiv *instituie o condiție vizând latura subiectivă a acestei infracțiuni în ceea ce privește calitatea subiectului activ*, de funcționar, este evident că nu se poate aprecia că acest text reprezintă o cauză de reducere a pedepsei, raportul dintre cele două dispoziții legale, art. 295 din Codul penal și art. 308 din Codul penal, fiind cel de la gen la specie” [s.n. - M.D.].

Credem că este evident că în exprimarea citată se face o inexplicabilă confuzie între aspectele care privesc calitatea unui subiect al infracțiunii (element de factură preexistentă al infracțiunii, apreciat drept conex laturii obiective¹⁹⁾, atunci când legea instituie condiții speciale exprесе în acest sens, solicitând întrunirea unei anumite calități de către un subiect al infracțiunii) și aspectele care privesc latura subiectivă a infracțiunii, referitoare la atitudinea psihică particulară a făptuitorului față de fapta comisă și de urmările acesteia, atitudine subiectivă de un anumit tip - solicitată de legiuitor - și a cărei prezență trebuie verificată la momentul comiterii faptei. Între cele două nu există, pe fond, nicio apropiere care să explice asocierea lor în formula indicată anterior (în afară de similitudinea fonetică, existentă până la un punct, între noțiunea de „*subiect al infracțiunii*” și aceea de „*latură subiectivă*”). Cum este însă greu de crezut că o asemenea confuzie s-ar putea realiza de către absolvenții de studii juridice, ba mai mult, de către juriști care au ajuns să exercite oficiul magistraturii, ne întrebăm dacă nu cumva explicația referirii criptice la „*condiția vizând latura subiectivă (...) în ceea ce privește calitatea subiectului activ*” (formulare care din punct de vedere juridico-penal nu are, aparent, niciun sens logic) rezidă în considerente care ne depășesc, pe moment, înțelegerea.

IV. În cuprinsul deciziei analizate se mai poate întâlni, în secțiunea dedicată prezentării punctelor de vedere trimise de către instanțe, cu referire la problema determinării duratei termenului de prescripție a răspunderii penale în cazul comiterii unei fapte încadrate juridic prin coroborarea textelor art. 295 și 308 C.P.,

D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 240 ș.u.

¹⁹⁾ A se vedea, în acest sens, Fl. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*. vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 273.

următoarea frază: „(...) într-o primă ipoteză, s-a arătat că stabilirea termenului de prescripție pentru această infracțiune este în strânsă legătură cu dezlegarea de drept privind interpretarea dispozițiilor art. 308 alin. (1) din Codul penal coroborate cu ale art. 295 alin. (1) din Codul penal. Or, în art. 308 alin. (1) din Codul penal coroborat cu art. 295 alin. (1) din Codul penal este incriminată delapidarea într-o variantă atenuată, ale cărei limite speciale ale pedepsei prevăzute la varianta-tip consacrată în art. 295 alin. (1) din Codul penal se reduc cu o treime. Prin urmare, limitele speciale ale pedepsei pentru infracțiunea de delapidare varianta-tip prevăzută în art. 308 alin. (1) din Codul penal coroborat cu art. 295 alin. (1) din Codul penal sunt 1 an și 4 luni și [sic! - poate ar fi fost mai judicios întrebuițat, în acest context, termenul „respectiv”] 4 ani și 8 luni închisoare” [s.n. - M.D.]. Ne este greu să înțelegem cum este posibil ca, afirmându-se natura juridică de variantă atenuată a delapidării, dispoziția din art. 308 C.P. să fie totodată prezentată drept o proprie formă-tip... (caz în care ne întrebăm: formă-tip a cărei infracțiuni?). Această calificare ar fi fost corespunzătoare indicării unei alte naturi juridice a prevederii legale în cauză, anume aceea de infracțiune de sine stătătoare (care să fie doar explicată, evolutiv, prin referire la procedeele unei autonomizări juridice a unei variante derivate prin atenuare din delapidare - și nu numai din aceasta); altfel, este evident că una și aceeași dispoziție normativă nu poate fi și formă atenuată a unei infracțiuni și formă-tip de incriminare. Cele două concepte se exclud reciproc!

V. Depășind aceste considerații (secundare problemei de drept care ne interesează aici), sesizăm și alte neconcordanțe în argumentarea opiniei P.-Î.C.C.J. Astfel, în susținerea punctului de vedere potrivit căruia art. 308 C.P. consacră o formă atenuată a (printre alte infracțiuni) delapidării, se precizează: „... art. 308 din Codul penal, atât prin elementele pe care le conține, cât și prin acelea la care face referire, reglementează condițiile în care anumite fapte constituie infracțiuni, respectiv conținutul juridic al acestora” (s.n. - M.D.). Or, argumentarea astfel exprimată ne apare, mai degrabă, a susține opinia conform căreia dispoziția indicată ar reglementa o infracțiune de sine stătătoare, iar nu o formă atenuată a unei alte (altor) infracțiuni.

Astfel, după cum în mod pertinent se indică în cuprinsul deciziei analizate²⁰⁾, unele instanțe au achiesat, în punctele de vedere transmise, la postulatele științifice consacrate ale teoriei generale a infracțiunii, arătând că: „Norma de incriminare a variantei-tip a unei fapte descrie condițiile obiective și subiective care se cer îndeplinite cumulativ pentru ca acea faptă să constituie infracțiune. Inexistența uneia dintre aceste condiții face ca fapta săvârșită în concret să nu corespundă modului [sic! - probabil se avea în vedere *modelul*] legal și, în consecință, să nu fie infracțiune. Varianta agravată sau atenuată a unei infracțiuni presupune mai întâi condițiile conținutului variantei-tip, la care se adaugă anumite elemente circumstanțiale care pot să se refere la aspectul material sau moral al faptei, la obiectul sau subiectii faptei ori la locul și timpul săvârșirii faptei, imprimându-i acesteia, în abstract, o gravitate mai ridicată sau mai redusă”²¹⁾.

²⁰⁾ H.P.(pen.) nr. 1/2015, pct. VI.

²¹⁾ Aceeași idee se desprinde și din pct. XII al deciziei analizate (reprezentând considerentele

Or, aceasta înseamnă, în esență, că aspectele conținutului juridic care caracterizează o formă atenuată (sau agravată) a unei infracțiuni (și care îi determină, de fapt, acesteia, existența) nu reprezintă, propriu-zis, elemente constitutive „care reglementează condițiile în care anumite fapte constituie infracțiuni” (această referire fiind reprezentativă pentru elementele constitutive ale conținutului de bază, al faptei-tip), ci reprezintă *elemente circumstanțiale (neesențiale pentru însăși existența faptei, ci doar pentru fixarea formei/variantei acesteia)* ale conținutului juridic, *care reglementează condițiile în care anumite fapte, care întrunesc deja elementele constitutive de bază necesare pentru existența faptei-tip, se atenuază ori se agravează, în comparație (desigur) cu această formă-tip, față de care rămân dependente juridic!*²²⁾

Observăm, din păcate, că utilizarea noțiunii de *elemente circumstanțiale* nu este în mod riguros utilizată nici de către însuși Comp. D.C.D. al Î.C.C.J., care, în argumentarea soluției pronunțate prin H.P.(pen.) nr. 1/2015, afirmă: „Analizând conținutul incriminării formei de bază prevăzute de art. 295 din Codul penal, se constată că structura infracțiunii de delapidare este formată din condiții intrinseci (latura obiectivă și latura subiectivă) și *condiții extrinseci*, preexistente, care completează condițiile în care faptul este incriminat (*calitatea de funcționar public a subiectului activ*). Astfel, *cerința din norma incriminatoare ca subiectul activ, termen al infracțiunii, să aibă o anumită calitate determină ca această calitate să devină o condiție pentru existența infracțiunii, un element circumstanțial al incriminării*” [s.n. - M.D.]. Ne întrebăm dacă nu cumva este evidentă contradicția dintre aprecierea unui element al incriminării drept „condiție pentru existența infracțiunii” - ceea ce îl califică drept element constitutiv al formei-tip, de bază, a infracțiunii, așadar ca element *sine qua non*, în absența căruia nu se mai poate efectua încadrarea juridică a faptei în norma de bază care incriminează tipul respectiv de faptă (urmând a se verifica, separat, dacă legislația cunoaște, sau nu, reglementarea unor alte norme de incriminare care ar putea prelua, eventual, încadrarea juridică respectivă) - și aprecierea respectivei entități normative drept „element circumstanțial al incriminării” - așadar, element neesențial pentru reținerea existenței infracțiunii în forma sa tip, cu valoare secundară, (doar) de strictă încadrare juridică în acea formă/variantă a respectivei infracțiuni, care marchează nu standardul (forma de bază) de gravitate socială a tipului respectiv de incriminare (atrăgând incidența reacției represive abstracte la nivelul standard la

proprii ale Comp. D.C.D. - pen. al Î.C.C.J.): „...variantele atenuate ori agravate ale unei infracțiuni au trăsăturile constitutive ale infracțiunii de bază la care se adaugă trăsături agravante sau atenuante, de natură a determina un tratament juridic diferit de cel al infracțiunii-tip. Din materialul înaintat de Institutul de Cercetări Juridice rezultă că varianta agravată sau atenuată a unei infracțiuni presupune, mai întâi, condițiile conținutului variantei-tip, la care se adaugă anumite elemente circumstanțiale care pot să se refere la aspectul material sau moral al faptei, la obiectul sau subiecții faptei ori la locul și timpul săvârșirii faptei, impirmându-i acesteia, în abstract, o gravitate mai ridicată sau mai redusă”.

²²⁾ Nu ne explicăm însă cum, de la o asemenea argumentare, acele instanțe au ajuns la aceeași soluție ca aceea propusă de P.Î.C.C.J., îmbrățișată în final și de Comp. D.C.D. (pen.), deși - repetăm - în lumina acestui argument, natura juridică mai potrivită ce se poate stabili pentru norma din art. 308 C.P. este aceea de infracțiune de sine stătătoare, iar nu de formă atenuată a unor infracțiuni de corupție și de serviciu, printre care și delapidarea.

care a instituit-o legiuitorul penal), ci derivarea (dependentă juridic de standardul incriminării în cauză) prin atenuare sau prin agravare (cu atragerea incidenței reacției represive abstracte la un nivel mai redus sau mai sporit decât cel standard, de asemenea, potrivit reglementării legale). Interesant este că textul antecitat este cuprins, în economia internă a considerentelor din decizia analizată, tocmai după un pasaj în care magistrații din Comp. D.C.D. al Î.C.C.J. care au pronunțat H.P.(pen.) nr. 1/2015 avertizau asupra necesității evitării confuziilor care se pot realiza între elemente normative univoce ca scop (în acest caz: determinarea unei reduceri a intensității represive), dar care se manifestă ca entități autonome, sub aspect de formă, rol și (parțial) de impact produs asupra (naturii juridice) a normelor de incriminare în considerarea cărora sunt create și pe care le influențează²³⁾.

Sub acest aspect (precum și privind problema dispoziției din art. 308 C.P. din perspectiva subiecților activi la care se referă alin. (1) al textului legal în cauză - funcționarii simpli, nepublici, „privați”), apare de-a dreptul paradoxală afirmarea naturii juridice a normei de incriminare din art. 308 C.P. drept o formă atenuată a (printre alte infracțiuni) delapidării. Ceea ce se prezintă drept o *atenuare* (bineînțeles, prin raportare la sancțiunea legală obișnuită a delapidării), constituie, pentru aceste persoane, de-a dreptul o incriminare „primară”, iar nu una derivată din aceea a unei baze, care ar fi reprezentată (printre altele) de infracțiunea de delapidare, forma-tip. Ar fi clar vorba despre o formă atenuată în ipoteza în care, chiar fără circumstanțierea expresă [din art. 308 alin. (1) C.P.] a sferei subiecților activi, aceste persoane ar fi intrat oricum în categoria celor care au aptitudinea de a fi subiecți activi ai respectivelor fapte (inclusiv delapidarea), iar norma în cauză, prin circumstanțierea adusă, le-ar fi extras din sfera de aplicabilitate generică a faptei în conținut de bază și le-ar fi creat un regim juridic aparte, mai favorabil, expunându-le unei răspunderi penale atenuate, în considerarea distincțiilor care le particularizează statutul, prin comparație cu acela al funcționarilor publici.

Cu alte cuvinte, exista, fără dubiu, o formă atenuată, dacă funcționarii simpli, „privați”, ar fi constituit (oricum, încă de la nivelul incriminărilor-tip respective) o categorie de destinatari ai legii penale apti a reprezenta subiecți activi ai unor fapte de corupție și de serviciu, iar reglementarea legală prin care se evidențiază expres statutul lor ar fi avut rolul de a conduce la o diminuare a represiunii standard aplicabile. Însă, este de observat că, în lipsa prevederii din art. 308 alin. (1) C.P., categoria acestor persoane excede sferei subiecților activi potențiali ai infracțiunilor de corupție și de serviciu acolo enumerate, așadar, în privința lor, dispoziția nu este una cu efect de diminuare a represiunii (atenuare), ci cu efect de extindere²⁴⁾ a unei

²³⁾ Avem în vedere următorul pasaj din decizie: „Cu privire la opinia potrivit căreia dispozițiile art. 308 ar constitui o cauză de reducere a pedepsei, se constată că o asemenea concluzie nu poate fi generată decât de *confuzia dintre cauzele de reducere a pedepsei și elementele circumstanțiale atenuate*” [evidențiere noastră, M.D.] - H.P.(pen.) nr. 1/2015, pct. XII.

²⁴⁾ Aspectul este sesizat, de altfel, tot în cuprinsul H.P.(pen.) nr. 1/2015 - în același cadru, al prezentării punctelor de vedere transmise de instanțe (pct. VI) - dar, în mod (consecvent) paradoxal, este indicat tot în cadrul argumentelor care ar trebui să susțină opinia potrivit căreia art. 308 C.P. reglementează o formă atenuată a (printre altele) delapidării. Astfel, se arată: „Punctul de vedere în sensul că prevederile art. 308 din Codul penal reprezintă o formă atenuată a infracțiunii de delapidare a mai fost argumentat și prin aceea că: (...) art. 308 din Codul penal reprezintă o extindere a categoriilor de persoane care pot fi subiecți

represiuni care altfel nu i-ar fi vizat. Așadar, ca efect al existenței acestei dispoziții legale, categoriei respectivelor persoane li se creează o situație juridică mai drastică, adică una mai puțin favorabilă decât aceea care ar fi existat în absența prevederii în cauză! Cum se poate întrebuița, oare, într-o asemenea situație, față de o asemenea normă, aprecierea (calificativul) de „formă atenuată”?²⁵⁾ Ne limităm să remarcăm

activi ai infracțiunii prevăzute de art. 295 alin. (1) din Codul penal, precum și al altor infracțiuni de serviciu” (precum și al altor infracțiuni de corupție). Ba mai mult chiar, în continuare se subliniază expres (deși parțial inexact) faptul că „art. 308 din Codul penal nu poate fi perceput ca o simplă cauză de reducere a limitelor de pedeapsă în condițiile în care scopul principal al existenței respectivului articol a fost circumstanțierea subiectului activ al infracțiunii de delapidare prevăzute de art. 295 alin. (1) din Codul penal, *reducerea pedepsei fiind subsidiară*” [s.n. - M.D.]. Remarcăm, în acest cadru, veridicitatea recunoașterii caracterului subsidiar al reducerii de pedeapsă, urmărit prin norma analizată, în comparație cu scopul său esențial, privitor la „circumstanțierea subiectului activ”, dar cu precizarea că această din urmă expresie nu trebuie înțeleasă în sensul desprins din noțiunea de *element circumstanțial atenuat* (căci, repetăm, asta ar fi presupus ca respectiva categorie de persoane să fi fost avută în vedere, oricum, de incriminarea de bază, fiind doar circumstanțiată în vederea atenuării), ci în sensul de *extindere constitutivă* a sferei subiecților activi potențiali, ceea ce ar constitui, însă, un argument pentru afirmarea naturii juridice de infracțiune de sine stătătoare a normei din art. 308 C.P.!

Extinderea sferei subiecților activi potențiali ai incriminărilor enumerate la art. 308 alin. (1) C.P., tocmai prin reglementarea din art. 308 C.P., este, de altfel, clar și în mod repetat recunoscută și afirmată și de Comp. D.C.D. (pen.) al Î.C.C.J., în argumentarea soluției pronunțate prin H.P.(pen.) nr. 1/2015 - la pct. XII din cuprinsul deciziei: „(...) în cazul dispoziție legale analizate, respectiv *art. 308 din Codul penal*, trimiterea pe care textul o face la dispoziția din art. 295 din Codul penal *are rolul de a extinde cadrul juridic* al acestei ultime reglementări [și nu numai - precizarea noastră, M.D.], astfel încât să devină aplicabilă nu doar funcționarilor publici (...). Așadar, reglementarea din *art. 308 din Codul penal* funcționează pe *structura normei de incriminare* prevăzute de *art. 295 din Codul penal* [și nu numai - p.n., M.D.], *pe care o extinde în ceea ce privește calitatea subiectului activ*, și, ca o consecință a acestei modificări, legiuitorul a adaptat limitele de pedeapsă la gradul de pericol social abstract rezultat din schimbarea intervenită cu privire la acest termen al infracțiunii” [s.n. - M.D.].

- ²⁵⁾ Exprimarea care evidențiază în cel mai înalt grad aspectul autocontradictoriu, în termenii întrebuițați, al raționamentului (și al soluției căreia îi dă acesta naștere) o regăsim tot în cuprinsul deciziei analizate, la pct. XII, acolo unde Comp. D.C.D. al Î.C.C.J. își argumentează soluția (relevând, încă o dată, aspectul privind *atenuarea prin extinderea sferei incriminării asupra unei categorii de persoane care, în lipsa acestei dispoziții „atenuante”, nu ar fi fost deloc apte să răspundă penal pentru asemenea fapte...!* [Într-un registru mai puțin academic, fie spus, *parafrazând o celebră replică caragialească*: Curat atenuare!]. Astfel, se afirmă în acel cadru că „Tot astfel, pentru *variantele atenuate care extinde sfera subiectului activ* la persoanele care exercită, permanent ori temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute la art. 175 alin. (2) ori în cadrul oricărei persoane juridice, nu se modifică natura elementului circumstanțial, respectiv calitatea subiectului activ, care este o condiție de existență a infracțiunii în varianta atenuată” [s.n. - M.D.]. Trebuie să mărturisim că urmărind cu greutate argumentarea instanței supreme din finalul frazei indicate, nefiind clar față de ce etalon de referință „*nu se modifică natura elementului circumstanțial, respectiv calitatea subiectului activ*” [s.n. - M.D.], în condițiile în care tocmai modificarea acestei calități reprezintă criteriul esențial al deosebirii dintre dispoziția art. 308 C.P. și incriminările la care face acest text trimitere [aceasta este elementul care atrage extinderea acelor incriminări și asupra unei sfere de persoane extranele conținuturilor tipice ale respectivelor infracțiuni, cu specificul instituirii unei atenuări sancționatorii, prin comparație cu nivelul reacției represive incidente în raport de incriminările enumerate la art. 308 alin. (1) C.P.].

Și un alt pasaj din decizie (chiar dinspre finalul considerentelor) poate fi citat în același

doar că descrierea întregii situații se pliază perfect pe definiția conceptului de *sofism*.

Pe de altă parte, dacă s-ar fi acceptat în privința acestei norme afirmarea naturii juridice de infracțiune de sine stătătoare, toate aceste neconcordanțe ar fi fost înlăturate, iar soluția în privința modului de determinare a duratei termenului de prescripție a răspunderii penale nu ar fi fost influențată [s-ar fi avut în continuare în vedere valoarea maximului special al pedepsei legale, stabilită prin reducerea cu o treime a pedepsei legale prevăzută pentru fiecare dintre infracțiunile la care face referire alin. (1) al art. 308 C.P., inclusiv delapidarea]. Singura critică ce s-ar fi putut formula în această împrejurare ar fi fost aceea că, în principiu, o tehnică legislativă corespunzătoare nu conduce la determinarea pedepsei legale a unei incriminări de sine stătătoare în mod indirect, prin aplicarea unui procent/fracții la pedeapsa legal prevăzută pentru o altă incriminare (procedeu, în principiu, caracteristic pentru construcția normativă a unor cauze speciale de reducere sau agravare a pedepsei), ci stabilește pedeapsa abstractă în mod direct, indicând tipul sancțiunii și (atunci când este cazul) limitele speciale între care este aceasta fixată.

VI. Un alt aspect care ne-a atras atenția în cuprinsul deciziei analizate se referă tot la o apreciere efectuată în cadrul punctului de vedere emis de P.-Î.C.C.J., referitor la elementul caracteristic care ar sta la baza identificării unei norme ca reprezentând o cauză specială de reducere a pedepsei (respectiv - implicit, pentru identitate de rațiune - o cauză specială de agravare a pedepsei). Astfel, în încercarea de a delimita criteriul în funcție de care unei norme de incriminare i s-ar putea afirma natura juridică de formă atenuată (implicit - agravată) a unei anumite infracțiuni, ori de cauză specială de atenuare (implicit - agravare) a pedepsei, incidentă în raport de o anumită infracțiune, se indică următorul criteriu formal: „(...) ori de câte ori legiuitorul a reglementat cauze de reducere a pedepsei, le-a calificat ca atare prin denumirea marginală a articolului care le prevede. În acest sens exemplifică art. 172 din Codul penal anterior, art. 411 din Codul penal actual sau art. 10 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale. Prin urmare, dacă voința legiuitorului ar fi fost în sensul caracterizării art. 308 din Codul penal drept o cauză de reducere a pedepsei, aceasta ar fi fost prevăzută expres”.²⁶⁾

sens, al sublinierii contradicției interne a semnificației termenilor utilizați în argumentare: „(...) se constată că dispozițiile art. 308 din Codul penal nu constituie o cauză de reducere a pedepsei, întrucât prin voința legiuitorului o anumită calitate a subiectului activ al infracțiunii de delapidare (*element circumstanțial de realizarea căruia depinde existența infracțiunii*) a determinat crearea unei variante atenuate, care reflectă prin intermediul limitelor de pedeapsă proprii gradul de pericol social abstract specific infracțiunii în varianta atenuată” [s.n. - M.D.]. Așadar, „element circumstanțial de realizarea căruia depinde existența infracțiunii” ...; ne vine greu să ne gândim la un mai elocvent exemplu de contradicție în termeni! Este vorba, prin urmare, de un element circumstanțial (doar de circumstanțiere, deci secundar, adiacent) ... esențial; de ce nu, am putea spune, deci, un *element circumstanțial sine qua non*! Unor asemenea concepte (impuse cu autoritate obligatorie practicii noastre judiciare!), nu putem să le identificăm o altă explicație (cât de cât logico-rațională) decât una derivată din reamintirea caracterului „viu” al dreptului, care trebuie perceput ca un sistem dinamic de organizare umană, aflat în permanentă mișcare (de dorit, evolutivă, deși ... unele exemple particulare ar putea infirma acest deziderat, indicând, mai degrabă, și configurarea unei pante involutive în materie).

²⁶⁾ În mod edificator, un criteriu similar a fost invocat de către unele instanțe, în punctele

Avem unele rezerve în legătură cu pertinenta acestei argumentări (care ar restrânge, practic, ansamblul normelor având natura juridică de cauze de reducere a pedepsei, reglementate în partea specială a C.P., la ... una singură, cea indicată în chiar exemplificarea P.-Î.C.C.J., conținută de art. 411 C.P.).

În primul rând, criteriul invocat în argumentarea acestui punct de vedere este unul strict (pur, exclusiv) de ordin formal: calificarea legală expresă a naturii juridice a unei norme, indicată în denumirea marginală a articolului care o consacră. Nu vedem de ce (și pe baza căror argumente, ori în funcție de ce precedente sau exemple similare) ar trebui acreditată o asemenea regulă, nesusținută de niciun text generic de lege, neindicată de doctrină în considerarea unor axiome științifice și (în principiu) singulară în peisajul normativ de referință (ansamblul normelor de incriminare, ca norme de drept penal special). Dacă raționamentul ar fi acceptat, ar însemna că legiuitorul ar trebui să indice expres și natura juridică a altor norme de incriminare care reprezintă variații ori derivări de la un anumit etalon de referință - reprezentat, în principiu, de fiecare normă de incriminare în parte, în conținutul său constitutiv tip, de bază - precum sunt formele/variantele agravate ori atenuate prevăzute în articole distincte celui care conține prevederea faptei-tip respective. Or, deși legiuitorul recurge deseori la acest tipar de tehnică legislativă (e.g.: omorul - omorul *calificat*; furtul - furtul *calificat*; tâlhăria - tâlhăria *calificată* ș.a.m.d.), este discutabilă afirmarea caracterului său absolut, fiind cunoscute (sau ușor sesizabile) controversese existente (ori apte de a se contura) cu privire la afirmarea caracterului autonom (infracțiuni de sine stătătoare) sau nu (forme atenuate/gravate ale unor infracțiuni) ale unor dispoziții de incriminare al căror *nomen juris* nu urmează o asemenea regulă.

Avem în vedere, spre exemplu, cazuri precum sunt cele ale infracțiunilor de: *ucidere la cererea victimei* (art. 190 C.P.), în raport de omor; *violență în familie* (art. 199 C.P.), în raport de omor, omor calificat, loviri sau alte violențe, vătămare corporală ori loviri sau vătămări cauzatoare de moarte; *ucidere sau vătămare a nou-născutului săvârșită de către mamă* (art. 200 C.P.), în raport de omor (ori, mai degrabă, de violența în familie), sau de lovire/vătămare corporală/loviri sau vătămări cauzatoare de moarte; *furt de folosință* (art. 230 C.P.) în raport de furt/furt calificat; etc. De altfel, nici denumirea marginală a art. 308 C.P. („Infracțiuni de corupție și de serviciu comise de alte persoane”) - ori aceea a art. 309 C.P. („Faptele care au produs consecințe deosebit de grave”)²⁷⁾ - nu tind să respecte în mod strict și

de vedere transmise judecătorului-raportor, în vederea pronunțării H.P.(pen.) nr. 1/2015, pentru a susține însă opinia că norma din art. 308 C.P. consacră o infracțiune (autonomă) de sine stătătoare. Astfel, în decizia analizată (pct. VI) se precizează: „În a treia opinie exprimată s-a apreciat că în conținutul art. 308 din Codul penal este descrisă o infracțiune autonomă. În formularea acestei opinii a fost avută în vedere, în primul rând, *denumirea marginală* a art. 308 din Codul penal: „Infracțiuni de corupție și de serviciu comise de alte persoane”. *Din această denumire marginală rezultă că legiuitorul a intenționat să reglementeze o infracțiune, și nu o formă atenuată sau o cauză de reducere a pedepsei*” [s.n. - M.D.]. Cu acest exemplu suplimentar, credem că devine și mai evidentă, pentru oricare cititor avizat, starea de confuzie (și gradul acesteia) care caracterizează domeniul de analiză la care ne-am referit la începutul prezentului articol!

²⁷⁾ Ne raportăm și la această dispoziție deoarece, după cum am mai precizat, în cuprinsul H.P.(pen.) nr. 1/2015, se apreciază (repetăm: în opinia noastră, fără niciun fel de efect

fără niciun echivoc această „regulă”, a imperativului indicării clare a naturii juridice a unei norme de incriminare, derivată dintr-o altă incriminare/din alte incriminări. Astfel, dacă *nomen juris* al art. 308 C.P. nu este „Cauză(e) (specială/-e) de reducere a pedepsei (pentru unele infracțiuni de corupție sau de serviciu)”, această denumire marginală nu este nici „(Unele) Infracțiuni de corupție sau de serviciu în formă atenuată”!

În plus, o asemenea interpretare (argumentare) tinde nu doar a nu fi susținută de niciun text legal de factură generală, ci, din contra, este chiar descurajată de o prevedere expresă cuprinsă în legea privind normele de tehnică legislativă²⁸⁾, unde se indică următoarele [art. 47 alin. (5)]: „La coduri și la legi de mare întindere, articolele vor fi prevăzute cu *denumiri marginale*, exprimând sintetic obiectul lor; *acestea nu au semnificație proprie în conținutul reglementării*” [s.n. - M.D.]. Așadar, deși denumirea marginală poate fi utilizată ca element component al unei argumentări în susținerea unei anumite naturi juridice a normei conținute în respectivul articol, aceasta nu reprezintă un criteriu singular, nici măcar unul determinant în cadrul unei asemenea operațiuni de calificare juridică, urmând a fi coroborat și cu alte aspecte caracteristice pentru respectiva prescripție normativă (or, sub acest aspect, ne întrebăm, pe fond, care sunt deosebirile esențiale, de gen, între tipul de text cuprins în art. 411 C.P. și acela conținut de art. 308 C.P.²⁹⁾).

obligatoriu pentru instanțe), că natura juridică a normei descrise în art. 309 C.P. ar fi aceea de formă (comună) agravată a mai multor infracțiuni de corupție sau de serviciu.

²⁸⁾ Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative a fost publicată în M. Of. nr. 139/2000, fiind ulterior modificată și completată, dispunându-se republicarea sa în mai multe rânduri.

²⁹⁾ Desigur, deosebiri punctuale pot fi observate, dar întrebarea care rămâne este în ce măsură sunt acestea esențiale, în sensul că un anumit tip de prevedere, identificată doar într-unul din acestea texte, iar nu și în celălalt, ar reprezenta o caracteristică *sine qua non* a categoriei în care s-ar afirma încadrarea respectivei norme. Spre exemplu, în dispoziția din art. 411 C.P. rațiunea atenuării rezidă într-o conduită posterioară săvârșirii faptei, aptă de a fi adoptată de infractor, iar nu într-o anumită calitate specială a subiectului activ, care ar diminua gravitatea socială a faptei comise. Dar nimic din teoria generală a infracțiunii nu îndreptățește afirmarea unui criteriu întemeiat pe asemenea aspecte, drept etalon reprezentativ, în mod absolut necesar, pentru categoria juridică a cauzelor speciale de reducere a pedepsei. În schimb, ceea ce tinde a se constitui într-o asemănare între textele de care facem aici vorbire este aptitudinea lor de a atrage reducerea limitelor speciale de pedeapsă pentru o multitudine de incriminări (dintr-o anumită categorie, unitară sau cvasiunitară), valoarea acestei atenuări fiind exprimată printr-o fracție (aplicabilă fiecărei pedepse legale stabilite pentru fiecare din incriminările în raport de care textele în cauză își pot produce efectul). Sub acest aspect, tehnica normativă ar sugera mai degrabă că și dispoziția din art. 308 C.P. ar reprezenta tot o cauză specială de reducere a pedepsei! Apreciem că această soluție ar fi fost viabilă, dacă în forma lor de bază, în absența unei prevederi separate exprese, incriminările la care se referă art. 308 C.P. ar fi permis includerea, în sfera subiecților activi potențiali, a categoriilor de persoane indicate expres în art. 308 alin. (1) C.P., astfel încât reglementarea acestui din urmă articol nu ar fi avut ca scop decât să extragă de la regimul obișnuit de tragere la răspundere penală făptuitorii de acest gen, creând pentru ei un regim atenuat de sancționare. Cum, însă, în absența prevederilor din art. 308 C.P. (după cum am mai indicat deja), persoanele astfel determinate nu ar fi intrat în sfera potențialilor subiecți activi ai infracțiunilor de corupție sau a celor de serviciu, rezolvarea astfel întrevăzută nu mai poate (într-adevăr) fi susținută!

Mai mult, după cum indică și dispoziția antecitată (lucru cunoscut și ușor de observat în ansamblul legislației noastre penale), există nenumărate prevederi de natură penală înscrise în afara C.P., în legi penale speciale ori legi nepenale care cuprind, însă, și unele dispoziții de natură penală³⁰⁾, în cazul cărora legea nu instituie denumiri marginale ale articolelor (nici denumiri explicite ale unor grupări de norme, precum în privința situării art. 10 din Legea nr. 241/2005³¹⁾). Ce se întâmplă în asemenea ipoteze cu „regula” enunțată; cum urmează a mai proceda interpretul în determinarea naturii juridice a normei, ca reprezentând (sau nu) o cauză specială de reducere (sau agravare) a pedepsei?

Din contra, suntem de părere că acest criteriu poate fi (și uneori chiar este) înșelător. Astfel, spre exemplu, chiar în H.P.(pen.) nr. 1/2015, se indică punctul de vedere trimis de unele instanțe, în cuprinsul căruia se regăsește și următoarea apreciere: „De regulă, toate variantele de incriminare a unei fapte (tip, agravată, atenuată) sunt descrise în același text, dar în alineate diferite [...], ori în texte distincte (de exemplu, [...] *bancruta simplă, bancruta frauduloasă* etc.)” [s.n. - M.D.]. Or, trebuie să precizăm că, în pofida denumirii marginale a textelor legale cuprinse în art. 240 și 241 C.P. (aspect care ar tinde la acreditarea aparenței reglementării unei forme-tip și a unei forme agravate a uneia și aceleiași incriminări - aceea de bancrută), o simplă analiză sumară a conținutului lor constitutiv este de natură să invalideze această aparență. Putem aprecia chiar că articolele invocate conțin incriminări atât de evident distincte pe conținut (aspect la care se adaugă împrejurarea că subiectul activ al bancrutei simple este unul calificat, pe când în cazul bancrutei frauduloase nu se poate reține o asemenea condiționare legală³²⁾), încât chiar dacă nu ar fi fost reglementate distinct, în mod formal, ci ar fi fost prevăzute în cadrul aceluiași articol (cum era cazul în legislația anterioară, când erau reglementate în cuprinsul art. 143 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței), ar fi trebuit să considerăm că

³⁰⁾ Potrivit art. 173 C.P., „Prin lege penală se înțelege orice dispoziție cu caracter penal cuprinsă în legi organice, ordonanțe de urgență sau alte acte normative care la data adoptării lor aveau putere de lege”.

³¹⁾ Art. 10 din Legea nr. 241/2005 este cuprins în Capitolul III, denumit „Cauze de nepedepsire și cauze de reducere a pedepsei”.

³²⁾ Relevanța juridică, în sine, a acestui aspect, nu este cu nimic invalidată de observația efectuată în doctrină, potrivit căreia, din punct de vedere logic, precum și - posibil - statistic, infracțiunea de bancrută frauduloasă este de regulă comisă tot de debitor sau persoane asociate intereselor acestuia (*lato sensu*), fiind puțin probabil să fie săvârșită de o persoană cu totul străină de debitor. Pentru această observație, a se vedea: V. Dobrinioiu, N. Neagu, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 241; C. Duvac, în G. Antoniu (coordonator) și col., *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. III, *Partea specială (articolele 188-256)*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 485 (cu toate acestea, autorul apreciază că bancruta simplă nu absoarbe bancruta frauduloasă - *idem*, p. 471). Fapt este că deși poate reprezenta, faptic/statistic, o excepție împrejurarea ca infracțiunea să fie comisă de un terț (prin raportare la relația debitor insolvent - creditor), legea nu instituie bancruta frauduloasă ca pe o infracțiune proprie (*lato sensu*), spre deosebire de bancruta simplă! În același sens, I. Kuglay, în: G. Bodoroncea, V. Cioclei și col., *Codul penal. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 513. Pentru opinia potrivit căreia, prin noua reglementare, a devenit „clar că cele două fapte [este vorba despre bancruta simplă și cea frauduloasă - n.n., M.D.] reprezintă infracțiuni distincte”, a se vedea S. Bogdan (coordonator) și col., *Noul Cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva clujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 236.

ne aflăm în prezența unui caz de „incriminare prezentând conținuturi alternative” (adică a unei ipoteze de incriminare, în același articol, a mai multor infracțiuni de sine stătătoare, precum este situația faptelor de nerespectare a hotărârilor judecătorești, prevăzute de legea penală în art. 287 C.P.)³³⁾. Putem admite, cel mult (...eventual), că subiectul tinde a comporta unele discuții, însă nicidecum că poate fi apreciată drept certitudine afirmarea naturii juridice a bancrutei frauduloase ca reprezentând o formă agravată a bancrutei simple (sau, în genere, ca fiind o incriminare care să o absoarbă - cu orice titlu - pe cea din urmă), în reglementarea noastră *de lege lata*!

Cât privește argumentul în susținere, adus în cadrul aceluiași punct de vedere, anume că „(...) art. 308 din Codul penal are corespondent în art. 258 alin. (1) din Codul penal anterior. Or, în doctrina anterioară, aceste dispoziții au fost întotdeauna analizate în cadrul infracțiunilor la care se făcea referire (art. 246, 247, 250 din Codul penal anterior), în secțiunile privind conținutul juridic al acestor infracțiuni (cele referitoare la subiectul activ, respectiv referitoare la sancțiune). Analiza acestor dispoziții confirmă concluzia că acestea reprezentau variante atenuate ale infracțiunilor la care se făcea referire”, nu credem că acesta este la adăpost de critică. În primul rând (cu titlu de observație care nu vizează deloc contrazicerea realității că maniera de tratare descrisă era, într-adevăr, una obișnuită în doctrina anterioară), nu este de observat nicio singură referință bibliografică care să susțină afirmația (mai ales că aceasta este periculos de generalizată: „...întotdeauna...”). În al doilea rând, este bine cunoscut faptul că doctrina nu reprezintă izvor de drept. În al treilea rând, alegerea respectivului fel de tratare poate să nu fi reprezentat „întotdeauna” și în mod necesar o alegere conștientă a tuturor autorilor de specialitate, în vederea transmiterii mesajului unei anumite naturi juridice a normei din fostul art. 258 C.P. din 1968, ci poate la fel de bine să fi reprezentat o opțiune de sistematizare și ordonare internă a materiei, potrivit unei anumite viziuni particulare de elaborare a lucrărilor respective.

În concluzie, nu apreciem că natura juridică a unei norme (ca reprezentând o cauză specială de reducere, sau de agravare a pedepsei) trebuie să fie în mod neapărat indicată expres, în mod formal, în denumirea marginală a articolului care o conține, ori în denumirea titlului/capitolului/secțiunii etc. din care face parte, în cuprinsul unui anumit act normativ, nici că aceasta ar trebui să fie desprinsă din prevederi explicite (formal-sacramentale), situate în conținutului respectivei norme. Bineînțeles că un asemenea nivel de organizare, ordonare internă și etichetare a normelor emise ar fi (în principiu³⁴⁾) salutar și de apreciat la orice legiuitor, nu doar

³³⁾ Pentru conceptul de *infracțiuni care prezintă conținuturi alternative* (separat de conceptul de *infracțiuni care prezintă conținut alternativ*), a se vedea F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 262 ș.u.

³⁴⁾ Ținem să facem această precizare, deoarece pot fi imaginate ipoteze în care o (deloc improbabilă) calificare juridică expresă, dar greșită (necorespunzătoare) a unei anumite norme, poate conduce la conflicte interpretative majore între „litera legii” și „spiritul acesteia”, determinând confuzie, blocaje și soluții neunitare. Exemplificăm, printre altele, făcând referire la reglementarea cuprinsă în art. 198 alin. (4) C.P., care califică formal drept cauză de nepedepsire a infracțiunii de încăierare fapta celui care „a fost prins în încăierare împotriva voinței sale sau care a încercat să-i despartă pe alții”, ceea ce se poate discuta dacă nu reprezintă, de fapt, o situație mult mai potrivită spre calificare drept cauză specială de excludere a infracțiunii.

la cel român, dar cerința este nu doar mult prea împovărătoare pentru a fi în mod rezonabil solicitată acestuia, ci este și infirmată în mod constant în practica noastră legislativă, nefiind (în plus) sprijinită de nicio dispoziție legală expresă și de nicio regulă teoretică formulată în doctrină!

VII. În ceea ce privește argumentul potrivit căruia art. 308 C.P. trebuie interpretat ca reprezentând sediul comun de reglementare al formelor atenuate ale mai multor infracțiuni de corupție, respectiv de serviciu, deoarece legiuitorul a comprimat într-un singur text aceste variante atenuate „(...) pentru economie de text și evitarea unor repetări sau suprapuneri (...)”³⁵⁾ (precizându-se că în mod similar s-a acționat și în cazul art. 309 C.P., interpretat - fără autoritate obligatorie - ca reprezentând sediul comun de reglementare a formelor agravate ale unor asemenea infracțiuni), este adevărat că s-ar putea identifica un suport legal în acest sens. Este vorba despre prevederile cuprinse în art. 16 [alin. (1)] din legea privind normele de tehnică legislativă (L. nr. 24/2000)³⁶⁾, după cum a motivat însuși Comp. D.C.D. (pen.) al Î.C.C.J., în considerentele deciziei pe care o analizăm³⁷⁾. Însă, în pofida existenței indiscutabile a acestui text de lege, care interzice (ne întrebăm, însă: sub care sancțiune?) „instituirea *acelorași* reglementări în mai multe articole sau alineate” [s.n. - M.D.], indicând (recomandând?) utilizarea normelor de trimitere³⁸⁾, considerăm că raportarea sa la situația normativă aici analizată poate forma obiectul unor rezerve.

Prima dintre ele s-ar referi la semnificația precisă care poate fi acordată expresiei *aceleși reglementări*. Dacă apreciem că formularea are în vedere ipoteza unei stricte identități, excluzând însă ipotezele (doar) de similitudine între anumite prevederi legale, atunci s-ar putea argumenta că dispoziția în cauză nu conduce la

³⁵⁾ H.P.(pen.) nr. 1/2015, pct. VI - cuprinzând evocarea punctelor de vedere exprimate de către unele instanțe, cu privire la problema de drept în cauză.

³⁶⁾ Pentru facilitarea urmăririi problematicei analizate în cadrul prezentului articol, vom reproduce dispoziția textului de lege la care facem referire: „Art. 16. *Evitarea paralelismelor*. (1) În procesul de legiferare este interzisă instituirea *acelorași* reglementări în mai multe articole sau alineate din același act normativ ori în două sau mai multe acte normative. Pentru sublinierea unor conexiuni legislative se utilizează norma de trimitere”.

³⁷⁾ „În ceea ce privește necesitatea reglementării ce face obiectul art. 308 din Codul penal, se constată că extinderea în ceea ce privește calitatea subiectului activ viza cea mai mare parte a infracțiunilor de corupție și serviciu comise de alte persoane în legătură cu serviciul, astfel că trimiterea la dispozițiile și pedepsele prevăzute de infracțiuni-tip enumerate s-a realizat *pentru a se evita paralelismele*. (...) potrivit art. 16 alin. (1) din Legea nr. 24/2000 (...). Prin urmare, *pentru a evita reluarea* în cadrul fiecăreia dintre infracțiunile de bază a variantei atenuate s-a utilizat norma de trimitere” [s.n. - M.D.] - H.P.(pen.) nr. 1/2015, pct. XII.

³⁸⁾ Ne întrebăm (și cu privire la acest aspect), dacă legiuitorul a întrebuintat, în acest cadru, noțiunea de „norme de trimitere” *stricto sensu* (norme incomplete diferite de normele de referire, care ulterior completării lor prin preluarea elementelor lipsă din normele complinitoare, devin independente față de acestea din urmă), sau *lato sensu* (într-o exprimare generică cu sensul de „norme incomplete”, prin care s-ar avea în vedere atât normele de trimitere în sens strict, cât și normele de referire - ca norme incomplete care, în pofida preluării elementelor complinitoare din alte norme, întregitoare, rămân dependente juridic de acestea din urmă, suferind în mod corespunzător modificările/completările/abrogările, ulterioare, ale acestora).

concluzia că legiuitorul trebuie să instituie un singur articol drept sediu comun al formelor atenuate (sau agravate) ale unor infracțiuni distincte (chiar cu obiect juridic generic comun sau apropiat), nici măcar dacă temeiul atenuării/agravării ar fi același (precum o anumită calitate specială a subiectului activ al infracțiunii). Aceasta pentru că, raportându-ne la formele/variantele atenuate/agravate ale unor infracțiuni, fiecare în parte rămâne dependentă juridic de incriminarea de bază de la care este derivată, prin urmare, nu s-ar putea considera că reglementarea temeiului special (unic) de atenuare/agravare, separat pentru fiecare dintre respectivele infracțiuni în parte, în textele proprii de incriminare ale faptelor în cauză, ori în texte separate (dar deosebite între ele, unul față de altul), ar constitui repetarea *aceleiași* reglementări, ci doar consacrară distinctă, în propriul cadru firesc de reglementare, a unor prevederi legale *similare*, dar *nu identice*. Altfel, legiuitorul are întotdeauna la îndemână posibilitatea de a crea dintr-un anumit temei de atenuare/agravare, cu tentă generică, o cauză generală de reducere sau sporire a răspunderii penale!

De altfel, apreciem că aceasta manieră de redactare a normelor de incriminare în formă atenuată/agravată (descrisă de noi anterior) reprezintă un stadiu al firescului, un etalon de normalitate în materie de tehnică de reglementare. Tocmai dependența juridică a variantelor mai mult sau mai puțin grave față de forma-tip a unei anumite incriminări ne conduce la afirmarea caracterului anacronic al instituirii unui receptacol comun pentru o pluralitate de asemenea forme atenuate sau agravate ale unor infracțiuni distincte. Justificarea utilizării unui sediu normativ unic, la nivel de norme penale speciale, pentru forme ale unor incriminări diferite, așadar pentru entități juridice distincte, eterogene în operațiunea de încadrare juridică a faptelor comise în realitatea concretă (dincolo de aspectul identității temeiului de atenuare/agravare), nu o considerăm a reprezenta o bună practică de tehnică și sistematizare legislativă, printre altele, din cauza confuziilor pe care le poate provoca, prin suprapunerea sa formală peste tiparul celorlalte două procedee prin care legiuitorul își poate exprima, prin norme penale speciale, tendințele de factură atenuantă sau agravantă de politică penală, anume: instituirea unor cauze speciale de reducere sau sporire a pedepsei, respectiv crearea unor incriminări de sine stătătoare, prin autonomizarea unor derivări în sens atenuat sau agravat de la alte norme de referință. În plus, scopul în justificarea căruia se invoca utilitatea unei asemenea proceduri („evitarea paralelismelor”) generează un beneficiu („economie de text și evitarea unor repetări sau suprapuneri”) care cu greu poate fi așezat deasupra celui pe care l-ar aduce reglementarea separată a formelor atenuate/agravate ale unor incriminări distincte (chiar determinate de motive similare), anume: claritate în receptarea, interpretarea și aplicarea voinței legiuitorului, conformă unor imperative științifice specifice domeniului reglementat, pe care nici măcar acesta nu ar trebui să își permită să le desconsidere.

Înțelegem, desigur, *imperativul exprimării normative sintetice* și considerăm că acesta *trebuie urmărit* cât mai mult posibil, *dar nu neapărat cu orice preț*. În final, prevederile legale sunt instituite pentru a ordona relațiile de conviețuire socială, așadar ele trebuie să aibă atributul clarității și preciziei în transmiterea mesajului de voință al legiuitorului. Considerăm că, atunci când acest din urmă deziderat intră în conflict cu cel anterior prezentat, care riscă să îl compromită, dintre cele două

trebuie să cedeze acela mai puțin esențial. În acest context, optăm (în mod - sperăm - evident retoric) să lăsăm cititorului aprecierea caracterului prioritar al interesului ce trebuie urmărit în procesul elaborării actului normativ: caracterul succint sau caracterul clar (cert)? Oare cele câteva rânduri (adunate poate în câteva pagini) suplimentare, care ar risca să sporească volumul prevederilor legale, în ipoteza în care formele atenuate/agravate ale unor infracțiuni diferite (cu obiect juridic generic comun) ar fi reglementate (cum e și firesc) separat (fiecare în legătură cu propria normă de incriminare, a cărei variantă derivată este), ar prejudicia pe atât de mult coerenta funcționare a sistemului de drept, pe cât riscă să o facă (dovadă este că a și făcut-o deja, din moment ce s-a ajuns la pronunțarea unei decizii interpretative obligatorii a instanței supreme, ca hotărâre prealabilă pentru rezolvarea unor chestiuni de drept) starea generalizată de confuzie, desprinsă din economia excesivă realizată prin încercarea de a reglementa într-un text unic forme ale unor incriminări distincte (variante dependente juridic de conținutul de bază al unor infracțiuni diferite)?

Nu în ultimul rând, trebuie să observăm că legiuitorul nu este, el însuși, consecvent în respectarea acestei „reguli” de tehnică legislativă, instituind repetări cu adevărat inutile, acolo unde ele nu sunt justificate de un scop precum acela al clarității exprimării. Pentru a nu ajunge departe de cadrul prezentei analize, semnalăm, cu titlu de exemplu, doar următorul aspect: în cuprinsul art. 308 C.P., referirea la anumite norme de incriminare din rândul infracțiunilor de corupție, respectiv de serviciu, se face indicându-se numărul articolelor în cauză, cu stipularea singulară a prescurtării „art.”; în schimb, în următorul text - art. 309 C.P. - înainte de indicarea fiecărei dispoziții la care se face referire (din aceeași categorie de infracțiuni, anterior precizată), se reia (în mod supărător și cu adevărat inutil), indicativul „art.”. Unde mai sunt imperativele de „evitare a paralelismelor” „pentru economie de text și evitarea unor repetări sau suprapunerii”? Or, dacă aceste deziderate pot fi nesocotite atunci când nimic nu le justifică, apreciem că se poate admite derogarea de la ele și în cazurile în care, astfel, s-ar obține un beneficiu superior însăși rațiunilor care au determinat formularea unei asemenea „reguli”!

VIII. În argumentarea (aparținând unor instanțe) punctului de vedere care a susținut natura juridică de formă atenuată a dispozițiilor din art. 308 C.P. față de infracțiunea de delapidare [și - implicit - de celelalte incriminări la care face referire art. 308 alin. (1) C.P.], s-a mai indicat³⁹⁾ și că „(...) nu poate fi vorba nici despre o infracțiune autonomă, având în vedere că art. 308 face trimitere la art. 295 din Codul penal, iar *singurul element de diferențiere* dintre infracțiunea prevăzută de art. 295 alin. (1) din Codul penal și cea prevăzută de art. 295 alin. (1) raportat la art. 308 din Codul penal este *dată [sic!] de persoanele care au calitatea de subiecți activi nemijlociți ai infracțiunii, legiuitorul apreciind că faptele săvârșite de alți funcționari decât cei publici se impun a fi sancționate mai puțin drastic*” [s.n. - M.D.⁴⁰⁾].

³⁹⁾ H.P.(pen.) nr. 1/2015 - pct. VI.

⁴⁰⁾ Prin evidențierea finală din fragmentul citat - extranee aspectului propriu-zis pe care urmărim să îl comentăm în acest loc - am urmărit să indicăm maniera în care considerăm

Nu vedem de ce identificarea unicei diferențe dintre norma de la art. 295 și aceea din art. 308 C.P., sub aspectul calității speciale a subiectului activ, ar conduce la concluzia că cea din urmă dispoziție nu poate reprezenta o infracțiune de sine stătătoare în raport cu prima. Oare (pentru a nu indica decât un singur exemplu dintr-o listă care ar putea continua, printre altele, cu invocarea controverselor - apte a se configura - referitoare la natura juridică a ultrajului, ori a ultrajului judiciar, față de incriminările la care fac trimitere art. 257 și 279 C.P.), norma din art. 420 C.P. („Lovirea superiorului ori a inferiorului”) nu reprezintă o incriminare autonomă față de incriminarea de la art. 193 C.P. („Lovirea sau alte violențe”), în pofida împrejurării că principala diferență dintre acestea rezidă în prezența sau absența unei anumite calități speciale a subiectului activ (față de subiectul pasiv)? Or, deși cazul (/cazurile) astfel invocat vizează ipoteze de incriminare derivată prin agravare și reglementată apoi în mod autonom, iar situația de la comentariul căreia am plecat se referă la ipoteza unei derivări prin atenuare, mecanismul fiind același, soluția ar urma să fie similară. Cel puțin sub acest aspect, nu credem că argumentul pe care îl analizăm la acest punct se poate consolida, pentru a susține efectiv soluția pe care o antamează.

Pe aceeași linie de gândire credem că se înscriu (și - deci - că pot fi relativizate) și unele dintre argumentele suplimentare, enumerate în continuare, în același sens (al afirmării naturii juridice de formă atenuată a delapidării - și nu numai - pentru dispozițiile art. 308 C.P.), în cadrul pe care îl avem în vedere (punctele de vedere ale unor instanțe, relatate în cuprinsul H.P. pen. nr. 1/2015), anume: că „art. 308 din Codul penal nu are în vedere alte valori sociale față de cele ocrotite de art. 295 alin. (1)”⁴¹⁾; că „art. 308 din Codul penal nu prevede un alt element material față de elementul material alternativ [...] al infracțiunii de delapidare ...”; că „art. 295 alin. (1) se raportează la art. 308 din Codul penal, nu invers” [!? - mărturisim că sensul acestei ultime „motivări” ne eludează cu desăvârșire...].

IX. Credem că (alături de aspecte pertinente) o vulnerabilitate se poate observa și în argumentarea opiniei unor instanțe în sensul că dispoziția legală din art. 308 C.P. ar reprezenta o cauză (specială) de reducere a pedepsei pentru o serie de incriminări de corupție sau de serviciu.

Astfel, în susținerea acestei opinii, s-a formulat aprecierea (pe care o considerăm corectă) că „modalitatea de redactare a textului” (în sine) - cu accent pus mai

că se impune sublinierea aspectului principal al afirmației, prin mutarea accentului de pe ideea de sancționare mai puțin drastică pe aceea de sancționare (și) a acestor categorii de persoane, prin extinderea și cu privire la acestea a sferei potențialilor subiecți activi ai infracțiunilor indicate la art. 308 alin. (1) C.P.

⁴¹⁾ Ceea ce este discutabil, căci se poate identifica o particularizare în acest sens, implicată tocmai de lărgirea sferei potențialilor subiecți activi ai infracțiunilor în cauză. Astfel, dacă, în mod normal, incriminările indicate la art. 308 alin. (1) C.P. protejează anumite valori sociale referitoare la încrederea în desfășurarea corectă și neinfluențată de anumiți factori necorespunzători a relațiilor care apar în desfășurarea activității lucrative a unor funcționari publici, prin norma de la art. 308 C.P. se extinde (parțial) această protecție și asupra raporturilor de tip lucrativ din mediul privat de activitate, așadar sfera obiectului juridic cunoaște o mutație care nu se încadrează în aria primară de acoperire a obiectului juridic al formelor de bază ale respectivelor infracțiuni!

ales pe forma de consacrare, în alin. (2) al art. 308 C.P., a voinței legislative de reducere a limitelor de pedeapsă proprii fiecărei infracțiuni dintr-o grupare anume, prin prevederea unei fracții aplicabile acelor limite de pedeapsă (procedeu pe care îl apreciem caracteristic pentru construcția normativă a cauzelor speciale de atenuare/agravare a pedepsei⁴²⁾) - nu acreditează cu mult succes natura juridică de infracțiune de sine stătătoare, nici pe aceea de formă atenuată, comună, a mai multor infracțiuni de corupție sau de serviciu, pentru dispoziția art. 308 C.P. S-a observat, totodată, cu justețe, că „(...) trimiterile din textul articolului la dispozițiile ce incriminează o serie de infracțiuni de serviciu sau în legătură cu serviciu [sic!] îl fac să fie dependent de acele infracțiuni”. Deși raționamentul nu a fost continuat, explicit, pe această direcție de gândire, invocarea sa în contextul susținerii opiniei potrivit căreia prevederea legală analizată ar avea, de fapt, natura juridică de cauză specială de reducere a pedepsei, ne permite să presupunem că emitenților acestui punct de vedere (susținut cu această argumentare), le-a apărut la fel de bizară și nefirească pe cât ne apare și nouă formula juridică a unui sediu comun al formelor atenuate ale mai multor infracțiuni distincte (dincolo de existența unui diluat obiect juridic generic comun - noțiune care, oricum, tinde a fi relativizată de o parte a doctrinei actuale în materie de drept penal general⁴³⁾).

Într-o asemenea viziune, același text de lege este deodată supus dependenței juridice cumulate față de mai multe norme de incriminare; cum ar mai putea fi acesta, așadar, afirmat ca sediu al unei forme atenuate⁴⁴⁾ a unei anumite infracțiuni, parte a conținutului juridic (circumstanțiat) al acesteia, dar și al altora, deopotrivă? Nu este oare aceasta caracteristica specifică a cauzelor speciale de atenuare (/agravare), motivul pentru care această categorie juridică a fost creată și afirmată ca un tip de entitate științifică și normativă aparte, distinctă de instituția variantelor (formelor) atenuate/agravate specifice - în mod particular - (doar) unei anumite incriminări determinate? Dacă răspunsul este negativ, atunci trebuie să ne întrebăm ce ar mai justifica reținerea separată, în teoria/știința dreptului penal, a conceptului de cauză specială de atenuare/agravare a pedepsei, separat de noțiunea de formă (variantă) atenuată sau agravată a infracțiunii! Dintr-o perspectivă științifică generală, situată la un nivel (cvasi)detașat de particularitățile prescripțiilor *de lege lata* ale unui anumit moment legislativ (din perspectiva științei/teoriei dreptului penal, mai ales a aspectelor generale ale materiei), distincțiile dintre două entități juridice

⁴²⁾ În decizia analizată, considerăm că există o afirmație care tinde a exprima aceeași convingere. Astfel, în cadrul prezentării punctelor de vedere trimise de instanțe, se regăsește și următoarea apreciere: „(...) art. 187 din Codul penal prevede că prin „pedeapsă prevăzută de lege” se înțelege pedeapsa prevăzută în textul de lege care incriminează fapta săvârșită în forma consumată (...) pe de altă parte, art. 308 alin. (2) din Codul penal, privind limitele de pedeapsă, făcând trimitere la infracțiunea de bază prevăzută de art. 295 din Codul penal și *nestabilind limite de pedeapsă distincte* [se subînțelege, nestabilind asemenea limite în mod direct, nemijlocit - precizarea noastră, M.D.] *reglementează astfel doar o cauză de reducere a pedepsei (...)*” [s.n. - M.D.].

⁴³⁾ În acest sens, a se vedea F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 267.

⁴⁴⁾ Același lucru este valabil și pentru cazul unor dispoziții a căror natură juridică de formă agravată (comună) a mai multor incriminări distincte poate fi discutată ca fiind ori nu soluția interpretativă corectă și optimă - a se vedea, spre ex., problema (similară celei principal analizate în cadrul de față) ridicată de dispozițiile art. 309 C.P.

afirmate separat trebuie să se întemeieze și pe alte aspecte decât efectele (parțial) diferite pe care aceste instituții le pot produce asupra altor instituții ale dreptului penal, în acțiunea lor, generic conjugată spre atingerea unei finalități unitare (în acest caz: atenuarea sau agravarea răspunderii penale a infractorului). Însăși legitimitatea instituirii lor ca entități aparte una față de cealaltă trebuie să rezide și să fie, totodată, exprimată (în mod observabil/perceptibil la un nivel rezonabil) și în alte elemente decât respectivele diferențe de efect, căci, altfel, se riscă crearea unei ciclicități insolubile în procesul corectei lor identificări concrete. Spre exemplu, s-ar putea deosebi o cauză specială de reducere/agravare a pedepsei de o formă atenuată/agravată a unei infracțiuni, prin observarea efectului produs, indirect, asupra instituției prescripției răspunderii penale (prin intermediul reflectării acestor naturi juridice diferite asupra conceptului de „pedeapsă prevăzută de lege” - art. 187 C.P., element în funcție de care se determină durata termenului de prescripție a răspunderii penale). Dar, dacă ceea ce se dorește este tocmai determinarea întinderii duratei acestui termen de prescripție, iar natura juridică a normei în cauză nu reiese cu certitudine din modul său de reglementare (din elemente intrinseci, de conținut, ori formale, de exprimare ori compunere a normei), conștientizarea diferențelor implicate de determinarea unei precise naturi juridice (dintre cele în discuție), asupra termenului de prescripție a răspunderii penale, nu contribuie cu nimic tocmai la ceea ce se dorea a se stabili (nu ajută la soluționarea problemei), creând confuzii și facilitând apariția unor soluții neunitare.

Revenind, însă, la argumentarea unor instanțe - indicată în cuprinsul H.P.(pen.) nr. 1/2015 (pct. VI) - în susținerea opiniei că art. 308 C.P. ar reglementa o cauză specială de reducere a pedepsei, dincolo de observațiile pertinente deja indicate, observăm că, în același cadru, s-a mai precizat și că „(...) nu poate fi vorba (...) de o formă atenuată a infracțiunii, deoarece cauza de atenuare a pedepsei nu se regăsește în conținutul constitutiv al infracțiunii în discuție sau în cadrul elementelor de tipicitate, ci doar în calitatea subiectului activ, împrejurare ce nu caracterizează în mod intrinsec fapta imputabilă”. Față de acest din urmă argument avem o rezervă!

Astfel, într-un sens extins, în care ne raportăm la suma integrală a elementelor constitutive ale unei incriminări, iar nu doar la suma elementelor proprii celor două laturi - obiectivă și subiectivă - ale conținutului infracțiunii, așadar, atunci când avem în vedere integralitatea aspectelor normative a căror prezență conjugată o solicită legiuitorul pentru existența unei anumite infracțiuni, ori a unei anumite forme/variante a acesteia (ceea ce se poate identifica, generic, drept *conținutul juridic*⁴⁵⁾ integral, complet, al infracțiunii; totalitatea elementelor juridice componente care configurează infracțiunea, ori o configurează într-un anume fel, într-o anume formă), trebuie să considerăm integrate drept elemente ale tipicității - desigur, în măsura prevederii lor exprese, concrete, efective, de către legiuitor, în normă - și acele elemente care, prin raportare la conceptul general de conținut constitutiv standard al infracțiunii sunt fie fluctuante, fie nonnecesare încadrării de bază, fie - adeseori - absente (în sensul de necircumstanțiate în mod explicit). Este vorba, la unele (numeroase) incriminări, de aspectele referitoare la așa-numitele

⁴⁵⁾ A se vedea C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 141 ș.u.

condiții preexistente ale infracțiunii (*obiect, subiect*), precum și de acelea privind *elemente (potențial) suplimentare laturilor (obiectivă/subiectivă) ale infracțiunii*, reprezentate de condiții de: *loc, timp, mod, mijloace, scop, mobil!*

Așadar, privind problema sub această perspectivă - acreditată de teoria generală a infracțiunii - nu reprezintă un adevăr afirmația că aspectele care țin de calitatea subiectului activ nu s-ar (putea) regăsi în conținutul (constitutiv) derivat al infracțiunii, deci în cadrul elementelor de tipicitate ale incriminării în forma atenuată (ori agravată). Din contra, atunci când legiuitorul indică în mod expres o anumită calitate a unui subiect al infracțiunii, indiferent de rolul ocupat de această condiționare (în cadrul conținutului constitutiv tip, ori ca element cu valoare atenuantă ori agravantă), verificarea întrunirii respectivei calități devine un element al tipicității (de bază, ori atenuate/gravate) fără de care nu se poate reține o anumită încadrare juridică particulară a faptei concret săvârșite, în textul de lege care include și cerința respectivei calități⁴⁶⁾. Sub acest aspect, este perfect posibilă crearea, de către legiuitor, a unei forme atenuate a unei infracțiuni, tocmai în considerarea indicării unei anumite calități speciale a subiectului (activ sau pasiv).

Totuși, reluând o idee deja dezvoltată anterior, nu apreciem a fi la fel de firească procedura de a crea o „variantă atenuată” a unei infracțiuni prin „circumstanțierea” unei anumite calități speciale a subiectului activ, decât în măsura în care, chiar în absența dispoziției respective, de „circumstanțiere”, persoanele aparținând categoriei respective (astfel precizată) intrau, oricum, în sfera potențialilor subiecți activi ai infracțiunii în cauză, în forma tip a acesteia, rolul „circumstanțierii” fiind tocmai unul pur atenuant. Atunci, însă, când prin „circumstanțiere” se deschide *ex novo* posibilitatea de a extinde aplicabilitatea normei de incriminare asupra unor persoane dintr-o categorie nevizată de incriminarea de bază, chiar dacă în privința acestora regimul sancționator ar fi mai puțin sever decât pentru subiecții activi vizați în principal de incriminarea respectivă, nu apreciem că formula variantei atenuate mai este corespunzătoare. Noua creație de incriminare ar trebui, în mod normal, în asemenea ipoteze, să fie afirmată de legiuitor ca o entitate normativă autonomă, o infracțiune de sine stătătoare, explicată din punct de vedere științifico-evolutiv prin evidențierea derivării prin atenuare față de incriminarea inițială, de referință, dar căreia să i se recunoască o funcționare independentă, din punct de vedere juridic, față de incriminarea din care a fost, istoric, desprinsă, dar față de care s-a detașat din punct de vedere legal⁴⁷⁾! Or, la fel de bine, pentru a se menține într-o

⁴⁶⁾ Aspectul este corect sesizat în opiniile transmise de alte instanțe în vederea pronunțării H.P.(pen.) nr. 1/2015, anume, de unele instanțe care au susținut natura juridică de infracțiune de sine stătătoare pentru dispoziția legală din art. 308 C.P. Reproducem, pentru facila urmărire a ideilor, pasajul pe care îl avem în vedere (din cuprinsul pct. VI al deciziei): „(...) potrivit teoriei generale a infracțiunii, condițiile referitoare la subiecții infracțiunii (în speță, subiectul activ) fac parte din însuși conținutul infracțiunii, nefiind doar elemente de atenuare/agravare a răspunderii penale” [s.n. - M.D.].

⁴⁷⁾ Observăm (în mod salutar) că opinia astfel exprimată este împărtășită și de unii practicieni (magistrați). Astfel, în continuarea pasajului citat la nota de subsol anterioară (argumentarea opiniei unor instanțe în sensul că art. 308 C.P. consacră o infracțiune de sine stătătoare, bazată de calitatea specială aparte a subiectului activ), se mai arată că: „Condițiile referitoare la subiecții infracțiunii (în speță, subiectul activ) sunt necesare tocmai pentru ca fapta să constituie infracțiune [se subînțelege că nu este vorba despre

procedură normativă caracterizată de normalitate și lipsă de echivoc, legiuitorul ar putea să consacre noua formă, mai puțin gravă, drept variantă tip, de bază, a infracțiunii, prevăzând forma inițială, mai gravă prin comparație cu cea nou-creată, drept variantă agravată a acesteia din urmă (spre ex.: forma tip a unor infracțiuni de corupție sau de serviciu să vizeze săvârșirea acestor infracțiuni de către orice tip de simplu funcționar, iar faptele respective comise de funcționari publici - în sensul legii penale - să fie reținute ca forme agravate/calificate ale unor asemenea infracțiuni). Ambele variante ar avea meritul de a evita confuziile interpretative și necesitatea pronunțării unor decizii obligatorii (pentru practica judiciară), de către o autoritate diferită de aceea emitentă a voinței normative: instanța supremă!

*

Cu titlu de concluzie, nu putem decât remarca, încă o dată, cu îngrijorare, profundele neînțelegeri și consistenta opacitate existente în legătură cu unele concepte de bază ale domeniului juridico-penal de referință, reprezentate de noțiuni des întrebuițate (de către legiuitor, de teoreticieni și practicieni, deopotrivă) și aparent clare, respectiv: formă (variantă) atenuată/gravată a unei infracțiuni; cauză specială de reducere/sporire a pedepsei; infracțiune de sine stătătoare, derivată din/și cu reglementare autonomizată față de o altă normă de incriminare. În cuprinsul deciziei H.P.(pen.) nr. 1/2015 sunt de observat numeroase ezitări, imprecizii terminologice (dar și de conținut) și afirmații contradictorii și autocontradictorii, provenind atât din partea P.-Î.C.C.J., cât și din partea instanțelor (inclusiv a Comp. D.C.D. - pen. al Î.C.C.J.), aspect regretabil și neliniștitor. Argumentele formulate în susținerea variatelor soluții posibile ale problemei de drept în principal abordate nu sunt (mereu) clar sistematizate, ci permută, sprijinind rând pe rând (și parțial) fiecare dintre cele trei opțiuni posibile. În plus, în procesul argumentării caracterului neîntemeiat al opiniilor contrare, se utilizează adeseori indeterminat argumente care invalidează numai una dintre celelalte două rezolvări potențiale alternative (lăsând-o neafectată pe cealaltă), deși concluzia caracterului neîntemeiat este apoi trasă în mod generic, cu impact comun asupra tuturor respectivelor soluții diferite de aceea susținută, în particular, în acel punct. Procedul este neeal și falsifică valoarea concluziilor formulate în urma întrebuirii sale, producând deserviciu atunci când este descoperit (inclusiv argumentele judicios formulate tind să își piardă din valoare și eficiență, prin asocierea lor cu cele afectate de viciul acestui procedeu criticabil).

Este adevărat că responsabilitatea primară o poartă legiuitorul, căci în cadrul normativ creat în problema analizată (și în multe alte cazuri similare), orice soluție va fi imperfectă și susceptibilă de critici. Premisele fiind viciate, rezolvarea conturată

o generalizare, ci o adaptare la problema particulară, după cum reiese din specificarea conținută în paranteză, anume: „în speță” - evidențierea noastră, M.D.], iar în lipsa lor răspunderea penală nu va fi atenuată/gravată, ci nu va putea fi atrasă, față de principiul legalității incriminării [...]. Or, în cazul formelor atenuate ale infracțiunii sau în situația cauzelor de reducere a pedepsei, răspunderea penală este atrasă, însă va fi atenuată. De aceea, reglementarea din art. 308 din Codul penal instituie o infracțiune, și nu o formă atenuată sau o cauză de reducere a pedepsei”. Ideea este reluată ulterior, cu evidențierea împrejurării că „textul art. 308 din Codul penal instituie o condiție referitoare la conținutul constitutiv al infracțiunii de delapidare prevăzute de art. 295 din Codul penal, care nu se regăsește în norma de bază menționată...”.

pe temelia lor nu poate fi, în nicio configurație posibilă, la adăpost de rezerve. Astfel, dispoziția din art. 308 C.P. prezintă, sub diverse aspecte, elemente caracteristice specifice tuturor celor trei alternative posibile existente în privința naturii sale juridice (precizate mai sus). Pe de altă parte, indirect, responsabilitatea apasă asupra doctrinei, care nu credem că a degajat și diseminat în mod suficient de clar o teorie generală (simplă și clară) în materie, care să poată călăuzi legiuitorul în efortul său de reglementare. Tocmai în sensul stimulării acestui demers se înscrie (și) prezentul articol!

JURISPRUDENȚA POSTMODERNĂ (ÎNTRE LETHE ȘI MNEMOSYNE)*

Adela TEODORESCU CALOTĂ**

§ Postmodern Jurisprudence (Between Lethe and Mnemosyne)

Abstract:

Law has breathed in the psychedelic air of postmodernity and has, accordingly, been undergoing a series of unprecedented changes, both theoretically and practically. An analysis of changes in the legal field presupposes, however, thorough knowledge and understanding of the concept of '(post)modernity' and of the interrelated phenomena that it encompasses, i.e. 'globalisation', 'deconstruction', 'relativism', 'nihilism'. Essentially, the postmodern, globalised era revolves around disparate blocks of knowings and experiences, each of which convey meaning through disruptive, dichotomic counterparts, i.e. similarity through heterogeneity, uniformity through relativism, unity through opposition, nihilism through logocentrism, postmodern through modern. It is against this background of instability and contingency that one should consider postmodern jurisprudence and, most notably, the new concepts of 'legal pluralism', 'interlegality', 'legal interpretivism', 'death of the subject', 'subjectivity' and 'interdisciplinarity'. Once these issues have been analytically disjointed and carefully delved upon, one ought to proceed to investigating the legal effects and consequences that postmodern legal and non-legal phenomena bring about. As, it is in law, more than in any other domain, that novelty, instability and reform unsettle both past traditions as well as present theoretical strands, and, most importantly, impact directly and profoundly on the lives of individuals themselves.

Key words: *postmodern jurisprudence, 'legal pluralism', 'interlegality', 'legal interpretivism', 'death of the subject', 'subjectivity', 'interdisciplinarity', legal consequences.*

* Acknowledgment: „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/133255, proiect strategic ID 133255 (2014), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 - 2013.”

** Asistent de cercetare, Drd., Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova, email: adela.calota@yahoo.com.

1. Introducere

Conceptul de postmodern este de la bun început unul dificil, plin de contradicții, mai cu seamă dacă dăm curs unei interpretări *ad litteram* și admitem straniețea (redundanța?!) anexării elementului de compunere *post* - „după”, „ulterior” - la termenul *modern*, „care aparține epocii actuale, care ține de prezent sau de trecutul apropiat; nou, recent, care corespunde stadiului actual al progresului; care este diferit de tradiție.” conform *Dicționarului explicativ*. Abordarea poate părea obtuză, însă reprezintă un punct de plecare util în demersul de tatonare explicativă a fabricatelor lingvistice generos de vagi, sub a căror vaguitate generoasă își găsesc adăpostul o serie întreagă de fenomene contemporane cu iz socio-politico-economico-juridico-cultural, precum și un paletar nesfârșit de curente și subcurente literare, filosofice și artistice, dar care, în același timp, pot converge cu nonșalanță spre a da unei epoci, unor trăiri, individului însuși nume și sensuri noi. Contemporaneitatea, în ambalajul ei postmodern, capitulează ironic, sau ludico-parodic, în fața „pluralit[ății] discursurilor, relativismul[ui] valorilor, caracterul[ui] ambiguu, proteic, nedeterminat al fenomenelor, [a] ceea ce Matei Călinescu numește «jig-saw puzzle fallacy» [sau în fața] capcan[ei] baconi[ene] a lui «idola theatri»”¹⁾. Dincolo de blocul eratic de compuși semantici ce trimit semnale contradictorii celui care încearcă să descifreze înțelesul sintagmei de postmodern, se zăresc câteva caracteristici definitorii ale epocii actuale. Este vorba despre științe și revocarea promisiunilor mesianice făcute de acestea²⁾, sau, așa cum explică Lyotard în *La Condition postmoderne*, despre o epuizare a „ideilor grandioase ce au fost folosite pentru scrierea crezului istoric al modernității”³⁾; o „atrofie a energiilor, a imaginației, a rezolvării și disciplinei, toate acestea făcând parte din cultura noastră”⁴⁾; despre schimbări în procesele de producție ce semnalizează o descreștere a producției de bunuri și o creștere concomitentă a serviciilor⁵⁾; o dependență în creștere de „tehnologiile [computerizate] intelectuale”, dar și despre un hedonism direcționat către timp liber și huzureală, „incompatibil cu etosul producției capitaliste [ce] favorizează un individualism și o atomizare a societății și orientarea indivizilor către consum și plăcere”⁶⁾. Introspecției și manierei profund critice și reflexive, prin care postmodernitatea încearcă să depășească momentul „crizei sistemului industrial modern de valori”⁷⁾, i se alătură o reținere (auto)critică față de orice tentativă de reconstrucție a vechiului sistem de valori sau de construcție a unui nou sistem care să susțină și să propage valori, fenomene, sentimente la fel de efemeride ca și cele din trecut. Cu toate că este un actor întârziat, jurisprudența postmodernă își face

¹⁾ M. Cărtărescu, *Postmodernismul românesc*, Ed. Humanitas, București, 2011, p. 11.

²⁾ P.V. Zima, *Modern/Postmodern: Society, Philosophy, Literature*, Ed. Continuum International Publishing Group, London, 2010, p. 10.

³⁾ În P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 10.

⁴⁾ P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 10.

⁵⁾ P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 11.

⁶⁾ P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 11.

⁷⁾ P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 11.

și ea apariția la finele anilor '80 în noianul fenomenologic febril⁸⁾. Și, subsemnând trendului disciplinar al epocii, știința dreptului aderă, poate mai temătoare și afișând o rezervă mai mare decât orice altă disciplină, la *postmodern*. Ce vrea să însemne acest lucru vedem mai jos.

2. Lămurirea sensurilor: o joacă de cuvinte

Dreptul se schimbă, atât în teorie, cât și în practică. Pentru a înțelege natura acestei schimbări este necesar să analizăm dreptul în relație cu lanțul de concepte ce trimit la ideea de (post)modern: modern-modernism-modernitate-postmodern-postmodernism-postmodernitate. Dificultatea rezidă în definirea termenilor, bineînțeles. Însă, poate mai anevoioasă de atât este încercarea de a plasa conceptul de drept canonic guvernat de rigoare, claritate, autonomie, independență față de valori sociale sau culturale în relație cu „pseudoconceptul” de postmodernism pe care Ov.S. Crohmălniceanu îl descrie ca pe „un fel de «monstru de la Loch Ness al criticii contemporane», pe care «tot mai mulți inși declară că l-au văzut cu ochii lor, dar dau fabuloasei lui înfățișări descripții absolut fabuloase»”⁹⁾.

Mai tranșant decât oricare alt autor citit, M.D.A. Freeman împarte categoriile conceptuale în felul următor: *modernitatea* se referă la o perioadă istorică, *modernul* trimite la un „sistem de gândire și un regim de cunoaștere”, iar modernismul la o „mișcare culturală și artistică”¹⁰⁾. Prin analogie s-ar putea spune că este elucidată în egală măsură și problematica termenilor cu *post* ca element de compunere. Da și nu. Nu, pentru că, aliniindu-mă comentariilor expuse de P. Zima, confirm faptul că postmodernitatea nu poate fi discutată și înțeleasă decât în corelație, dar și în contrast cu modernitatea¹¹⁾. Pornind de la această afirmație apare o primă dilemă cu privire la multitudinea termenilor (*postmodern*, *postmodernism*, *postmodernitate*) ce trimit la un semnificat la fel de ambiguu și alunecos ca și semnificații lui, căci adeseori este incert dacă, apelând la ansamblul de vocabule, „interlocutorii se referă la ideologii ca sisteme de valori și idei sau la perioade istorice”¹²⁾. Este, de pildă, cazul lui Habermas care, printr-o utilizare metonimică a cuvântului modernitate, îl asociază cu perioada iluministă și moștenirea lăsată în urmă de aceasta, sau al L. Hutcheon și al lui N. Zurbrugg ce construiesc în jurul conceptelor de modernism și postmodernism categorii ideologice omogene încărcate de conotații istorice¹³⁾. Reperarea temporală a modernismului (cel puțin în literatură) este, din nou, un punct dificil de discuție, cu păreri divizate între începuturi marcate de Baudelaire și Revoluția europeană din 1848, pe de o parte, iar altele marcate de Nietzsche cu a sa *Morgenröte*, rezonând „la fel de profund simbolic ca și revoluția din 1905”¹⁴⁾. Și așa greu, dacă nu imposibil

⁸⁾ M. Freeman (ed.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Eighth Edition, Ed. Sweet & Maxwell, Andover, 2008, p. 1409.

⁹⁾ S. Pârvu, *Postmodernism*, Ed. Institutul European, Iași, 2005, p. 225.

¹⁰⁾ M. Freeman, *op. cit.*, 2008 p. 1409.

¹¹⁾ P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 2.

¹²⁾ P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 4.

¹³⁾ P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 4.

¹⁴⁾ P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 4.

de fixat în repere cronologice clare, ideii de modernitate i se alătură conceptele de „modernitate târzie” și „timpuri moderne”. Relaționarea conceptelor tulbură cititorul, făcându-l să reia frazarea din nou și din nou: unei noi definiții filosofice date de T. Vischer i se subsumează ideea că s-a petrecut „o schimbare în concepția istoriei cauzată de criza secolului nouăsprezece. Această schimbare de conștiință ar putea fi considerată drept târziu modernă sau modernistă. [Acest lucru] ne permite să corelăm conceptele de *modernitate* și *modernism* unul cu celălalt: pentru că în acest context, *modernismul sau modernitatea târzie pot fi definite ca o autocritică a modernității, a spiritului timpurilor moderne*”¹⁵). Cu alte cuvinte, modernismul poate fi definit ca un punct de turnură auto-reflexiv și auto-critic în modernitate, într-un fel, o critică a modernității¹⁶).

Ambiguitatea polisemică, deja notorie, a conceptului de *postmodern* o detronează însă pe aceea a conceptului de *modern*. Un bun punct de plecare îl reprezintă relația dintre cele două, căci, cu toate că postmodernul se străduiește din răspuțeri să detroneze, să înlocuiască și să urmeze modernului¹⁷), intenționând să se debaraseze de acesta din urmă, cele două concepte sunt surprinse într-o îmbrățișare ce denotă o simbioză latentă. Într-adevăr, să afirmi că postmodernul a înlocuit modernul pare a fi ceva similar unei aruncări cu zarul, dacă stăm să ne gândim că și în „societatea actuală fenomene premoderne, moderne, moderniste și postmoderne coexistă în politică, știință și artă, și ar fi un nonsens să argumentezi că toate urmele trecutului modern și târziu modern au fost eradicate după 1950 sau 1960”¹⁸). Sugestia unei rușeri de modernism ar însemna însăși contestarea rebeliunii începute de postmoderniști contra oricărei încercări de închistare ideologică a formelor de gândire și cunoaștere într-un cadru predeterminat, într-un fel de vacuum menit să protejeze o anume disciplină sau știință de eterogen. Despre relația dintre modern și postmodern vorbește și D. Kampfner, conform căruia avem de a face cu o „uniune a opușilor”: „Deci cele două teze contrastante sunt ambele valide: postmodernitatea este o modernitate radicalizată ce rămâne fidelă ei însăși, și postmodernitatea trădează esența modernității”¹⁹). Sunt de evitat, de altfel, dualitățile puternic contrastante - de tipul celor care consideră postmodernitatea fie ca o „trădare a modernității” (așa cum o fac Habermas și Eagleton), fie ca o „re-interpretare pluralistă a sa” (așa cum sugerează Welsch) - căci acestea trimit mereu la clasificări de tip bine/rău, ceea ce poate duce la o „confruntare a exemplor mitice sau «actanților»”²⁰).

Tentativei de colecționare a unor elemente care să dea formă unei definiții coerente a postmodernului îi corespunde o senzație neplăcută că pe măsură ce încercăm să găsim noima acestui concept încă frust ne cufundăm într-o penumbră

¹⁵) P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 6.

¹⁶) P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 6.

¹⁷) C. Greenberg, *Modern și postmodern*, Al. Polgár și A.T. Sirbu (trad.), *Conferința William Dobell Memorial*, Sydney, Australia, 31 octombrie 1979, *Arts* 54, 6 (1980), <<http://idea.ro/revista/?q=ro/node/40&articol=254>>.

¹⁸) P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 11.

¹⁹) În P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 12.

²⁰) P.V. Zima, *op. cit.*, 2010, p. 12.

a vaguităților, nuanțelor schimbătoare de sens, ambiguităților de tot felul și referințelor caleidoscopice. Pentru că scopul acestei subsecțiuni nu este de a diseca exhaustiv problematica postmodernului, și nici cea a postmodernității, mă voi axa pe câteva fațete ale postmodernului ce își vor justifica menționarea aici prin prisma secțiunii următoare. Astfel, este mai puțin surprinzător că postmodernul alunecă printre degetele celor care încearcă să îl definească, dacă luăm în considerare faptul că elementele definitorii sunt ele însele niște coloși ai ambiguității: „este greu de cuprins totalitatea semnificațiilor postmodernului în limitele unei definiții, fie ea cât de largă, atâta vreme cât cu postmodernul se infiltrează în gândire și acțiune tocmai efectele diseminării și ale diferenței, ale eterogenității ireductibile și alergice la orice principiu totalizator”²¹⁾. Postmodernul stă în antiteză cu dogmele modernității bazate pe universalitate și raționalitate, caracterizându-se, așa cum indică Lyotard, printr-o „neîncredere față de metanarațiunile care au legitimat adevărul și cunoașterea”²²⁾. Neîncrederea se transformă treptat în scepticism, ca mai apoi să ia forma unui nihilism nitzschean. Are loc o „reevaluare [a] tuturor valorilor» [ce] anunță lipsa unei raționalități universale și relativismul moral și doctrinar”²³⁾. Postmodernitatea aduce cu sine pluralismul, în toate formele lui posibile, de la aceea a cunoașterii și interpretărilor până la aceea a identității de sine și a universului sociocultural și istoric. Țelul suprem îl reprezintă destabilizarea categoriilor de prezență, identitate, progres istoric, certitudine epistemică și univocitate de sens²⁴⁾ prin introducerea unor neologisme conceptuale impuse de precursori postmoderni, precum „de-realizarea” heideggeriană, sentimentul că individul este peste tot printre semeni, dar cu toate acestea niciunde nu își mai poate întâlni sinele, esența²⁵⁾, „lamentarea” lyotardiană a „pierderii înțelesului”, o consecință a de-realizării lumii fiind „dezintegrarea elementelor narrative în «nori» de combinații lingvistice și coliziuni între jocuri de limbă innumerabile, eterogene”²⁶⁾, deconstrucția lui Jacques Derrida și implicita inexistență, „non-liniaritate” a textelor, hiper-realitatea lui Baudrillard, îndeaproape înrudită cu simulacrul, „rezultatul medierii tehnologice a experienței, unde ce trece drept realitate este o rețea de imagini și semne fără un referent extern, astfel încât ceea ce este reprezentat este reprezentarea însăși”²⁷⁾, „publicul fantomă” kirkeegardian, societatea și relațiile interumane devenind în acest caz o creație a presei, „realizarea gândirii abstracte, susținută de un mediu artificial și atotintruziv ce vorbește pentru toți și pentru nimeni”²⁸⁾, și chiar concepte apocaliptice ca „finitudine”, „terminalitate”, „sfârșit” sau chiar *posthistoire*, „moartea istoriei ideilor” din care se hrănește „omul post-

²¹⁾ C. Mihali, 2003, p. 6 în N. Turcan, *Definiții postmoderne*, 2013 <<http://www.nicolaeturcan.ro/index.php/us/articles/28-postmodern-definitions>>.

²²⁾ În N. Turcan, *op. cit.*, 2013.

²³⁾ N. Turcan, *op. cit.*, 2013.

²⁴⁾ G. Aylesworth, *Postmodernism, The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2013 <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/postmodernism/>>.

²⁵⁾ M. Heidegger 1993: 332 în G. Aylesworth, *op. cit.*, 2013.

²⁶⁾ G. Aylesworth, *op. cit.*, 2013.

²⁷⁾ G. Aylesworth, *op. cit.*, 2013.

²⁸⁾ G. Aylesworth, *op. cit.*, 2013.

istoric”, cel ce nu își poate găsi un echilibru dat fiind că niciodată nu l-a avut și nici nu i-a fost dat și cel al cărui eu este revendicat de *post-uri* și *ism-e* haotic dezmembrate dintr-un trunchi conceptual diluat, vag. Postmodernitatea este epoca *indiferenței* - căci „ambivalența ca unitate a valorilor incompatibile precum binele și răul, adevărul și minciuna duce în cele din urmă la indiferență, definită ca interșanjabilitatea valorilor”²⁹⁾ -, a pluralismului și particularizării.

Așadar, încercarea de a defini postmodernismul, sau postmodernitatea, eșuează. Cu toate acestea există posibilitatea de reliefare sumară a câtorva elemente esențiale, așa cum sunt descrise de Schanck, în pofida criticii aduse de G. Minda care este de părere că „orice încercare de a localiza conceptele fundamentale sau esența postmodernismului cade pradă modernismului”³⁰⁾:

- (1) Sinele nu este, și nu poate fi, o entitate autonomă, auto-generatoare; este pur și simplu o creație socială, culturală, istorică, și lingvistică.
- (2) Nu există principii fundamentale din care alte aserțiuni pot fi derivate, deci certitudinea ca rezultat fie al verificării empirice sau raționamentului deductiv este imposibilă.
- (3) Nu poate exista un astfel de lucru ca cunoașterea realității; ceea ce noi credem că este cunoaștere este întotdeauna părere și poate fi aplicată doar contextului în cadrul căruia este desemnată.
- (4) Pentru că limba constituită social și cultural este inerent incapabilă de a reprezenta sau de a corespunde realității; deci toate afirmațiile și toate interpretările, chiar și textele, sunt la rândul lor construcții sociale³¹⁾.

3. Moartea/renașterea dreptului în era postmodernă

În pofida faptului că întreaga problematică mai sus enunțată poate constitui o sursă de fascinație inepuizabilă pentru un filosof, un sociolog sau un artist, juristul freamătă temător la auzul unei afirmații de tipul: „postmodernismul este tot ceea ce nu este modernismul”. De ce? Răspunsul este simplu: pentru faptul că peisajul arhitectural juridic este clădit în jurul unor principii sistemice ferme, riguroase, prin care abstractul guvernează și ghidează practica, dar care însă par a se prăbuși ca piesele unui domino la contactul cu cinismul fragmentar, solubil al postmodernului. La fel ca și celelalte discipline, fortăreața juridică se zbate între rezistență și capitulare. Dreptul modern, aflat deja de câteva decenii sub presiunea fragmentarismului, se frânge „într-un corp divers de teorii și perspective jurisprudențiale. Starea actuală a dreptului și a jurisprudenței moderne a devenit ca o deltă cu puțin înainte ca un râu să se verse în mare. Mărețul râu ce a fost odată jurisprudența modernă s-a destrămat în pâraie separate pe măsură ce se contopește într-un corp de apă mai mare și diferit”³²⁾.

Pentru a contracara pesimismul ce pare a se insinua în citatul de mai sus pot fi propuse două căi de analiză complementare: în primul rând, ce anume destabilizează

²⁹⁾ P.V. Zima, op. cit., 2010, p. 15.

³⁰⁾ În Ch.L. Sagers, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End by Gary Minda*, Michigan Law Review 95.9/1997, p. 1934.

³¹⁾ P.C. Schanck, 1992, 2508-09 în Ch.L. Sagers, op. cit., 1997, p. 1934.

³²⁾ G. Minda, 1995, p. 257 în Ch.L. Sagers, op. cit., 1997, p. 1928.

postmodernismul, mai exact care este relația dintre jurisprudență, din perspectivă postmodernă, și dreptul modern și ce anume caracterizează jurisprudența pentru ca ea să poată fi încadrată curentului postmodernist.

Așadar, mai întâi trebuie analizat ce anume a existat înaintea așa-numitului drept postmodern. Parte din „spiritul” iluminismului, jurisprudența modernă se baza pe cunoaștere fundamentalistă și demersuri teoretice ce deserveau unei „auto-izol[ări] față de întregul domeniu social”³³⁾. Fundamentalismul epistemologic ce caracterizează profund dreptul modern, alături de „pretextul pozitivist al unui «drept pur», eliberat de constrângeri politice, istorice, cât și filosofice sau etice [,] transformat într-un amplu argument în favoarea autonomiei aproape absolute a dreptului”³⁴⁾ au constituit și susținut mottoul unei întregi epoci guvernate de principiile călăuzitoare ale rațiunii și infailibilului. Metodologiile, tehnicile de creare a unor propoziții juridice abstracte și a unor interpretări juridice care să poată fi aplicate fără dificultate oricărei situații pentru care ele fuseseră în prealabil concepute au dat naștere unui soi de „hegemonie ideatică”. Astfel, „modernismul juridic este ... pe larg motivat de romantismul, speranța, și, da, obsesia juristului de ideea centrală că este posibil să dezvălui și să explice adevăruri esențiale despre lume folosind metodologia, tehnica narativă, sau mentalitatea corecte”³⁵⁾. Tradiția juridică modernă creează iluzia posibilității controlului asupra societății prin detașare față de însăși societatea pentru care dreptul este menit să fie. Rolul conceptului juridic este, din perspectiva acestui sistem pristin, minimal; el trebuie să filtreze o viziune asupra lumii prin prisma unor criterii preimpuse, abstracte și să se limiteze la o interpretare distanțată a fenomenelor socioculturale, economice și politice. Pentru cei ce cred în abordarea raționalistă a dreptului, „sistemul juridic este în mod ideal un forum neutru implicat în practica executării edictelor legislaturilor democratice, și rolul lui se spune a fi limitat la «interpretarea» regulilor și reglementărilor societății”³⁶⁾. Întregul spectru de raționamente juridice este gândit pentru a corespunde „procedurii, logicii, și obiectivității”³⁷⁾. Teama proprie gândirii moderne împinge cadrul conceptual juridic departe de orice fel de intruziune non- sau metajuridică, acesta fiind conceput ca sistem închis, critic, disponibil avizaților în domeniu, eliminându-se astfel din ecuație ideea că „pentru a crea un jurist bun nu este suficient să îl înveți doar drept”³⁸⁾. Un exemplu ce amintește de autonomizarea juridică, din punct de vedere al „dihotomiei pozitivism-iusnaturalism”, este ruperea expresă a științei dreptului de filosofie, în fapt de orice fel de altă disciplină, creându-se astfel un „sistem juridic construit empiric, tehnicist, fără a fi tributar vreunei axiologii de sorginte speculativă”³⁹⁾. Jurisprudența postmodernistă se opune tuturor acestor porniri opresive de izolare

³³⁾ H. Ciurtin, *Dilemele autonomiei dreptului în modernitatea târzie*, IURISPRUDENTIA < <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=591>>.

³⁴⁾ H. Ciurtin, *op. cit.*

³⁵⁾ G. Minda, 1995, p. 353-54 în Ch.L. Sagers, *op. cit.*, 1997, p. 1934.

³⁶⁾ M. Jr. Hasian, *Critical Legal Rhetorics: The Theory and Practice of Law in a Postmodern World*, *The Southern Communication Journal* 60.1/1994, p. 44.

³⁷⁾ W. Lewis, 1991, p. 12 în M. Jr. Hasian, *op. cit.*, 1994, p. 44.

³⁸⁾ R.W. M. Dias, 1976, p. 21, în H. Ciurtin, *op. cit.*

³⁹⁾ În H. Ciurtin, *op. cit.*

a dreptului față de tot ce reprezintă mediu social, politic, economic, cultural etc., pornind de la rechemarea în minte a faptului că dreptul este indisolubil legat de aceste medii. Ignorând cinismul propriu unui postmodernist ca G. Minda care nu este departe de adevăr atunci când afirmă că „fiecare generație succesivă de erudiți juridici moderni a încercat pur și simplu să recicleze munca generației trecute”, dar că, în egală măsură, poate că și postmodernismul nu face altceva decât să reia alte mișcări sceptice ce deja au venit și s-au dus⁴⁰⁾, voi încerca să asamblăm câteva din caracteristicile proeminente prin care jurisprudența postmodernă încearcă să iasă în evidență.

Pluralismul juridic este unul din conceptele-cheie ce caracterizează dreptul în postmodernitate. Conceptul de *pluralism* nu trebuie însă înțeles din perspectiva antropologiei juridice tradiționale în cadrul căreia „ordine juridice diferite sunt percepute ca entități separate ce coexistă în același spațiu politic”⁴¹⁾, ci mai degrabă ca o concepție a „diferitelor spații juridice suprapuse, interpenetrante și amestecate în mințile noastre la fel de mult ca și în acțiunile noastre, în ocazii de salturi calitative sau crize zdrobitoare în traiectoriile vieții noastre la fel ca și în rutina anostă a cotidianului lipsit de evenimente”⁴²⁾. Să nu uităm că postmodernitatea pune accent pe corodarea unității și acceptă faptul că realității nu i se pot pune etichete abstracte, nici măcar de către sistemul juridic. Faptul că trăim într-o lume în tranziție și continuă transformare, profund alterată de relativism și neîncredere acută față de realitatea obiectivă - o lume ce în mod paradoxal pare a face un salt în timp și a reîmbrățișa tezele sofistului grec Gorgias, conform căruia (1) realitatea exterioară nu există, (2) dacă ar exista nu o putem cunoaște, iar (3) cunoașterea nu o putem comunica - face ca dreptul natural obiectiv să dispară, locul acestuia fiind luat de drepturi⁴³⁾, iar universul cândva greu de străpuns al științei dreptului să fie cuprins de o „porozitate juridică, de multiple rețele de ordine juridice ce ne forțează spre tranziții și abuzuri constante”⁴⁴⁾.

Intersectarea diferitelor ordine juridice conduce la formarea fenomenului de inter-legalitate, un alt concept-cheie specific dreptului postmodern. Inter-legalitatea este „un proces dinamic complex pentru că diferitele spații juridice sunt nonsincronice și astfel rezultă în amestecuri inegale și instabile de coduri (coduri într-un sens semiotic)”⁴⁵⁾. Ceea ce se vrea aici este evidențierea faptului că globalizarea juridică nu determină doar o expansiune continuă a dreptului la scală mondială, ci și o particularizare a acestuia la nivel local. Conceptualismul juridic trece astfel nu doar printr-o etapă de dilatare, avându-se aici în vedere legiferările suprastatale, cât și printr-o etapă de comprimare, conceptele fiind adeseori create pentru a răspunde nevoilor unei anume comunități. Așadar, „în timp ce spațiul juridic se lărgește la o scală mondială sau chiar planetară el începe să creeze noi particularități și noi

⁴⁰⁾ Ch.L. Sagers, *op. cit.*, 1997, p. 1937.

⁴¹⁾ B. de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, *Journal of Law and Society* 14.3/1987, p. 297.

⁴²⁾ B. de Sousa Santos, *op. cit.*, 1987, p. 297-98.

⁴³⁾ Prof. univ. dr. Gh. Dănișor, *Interviu*, 25 noiembrie 2014.

⁴⁴⁾ B. de Sousa Santos, *op. cit.*, 1987, p. 298.

⁴⁵⁾ B. de Sousa Santos, *op. cit.*, 1987, p. 298.

personalisme⁴⁶⁾. Eșafodul juridic contemporan este o arenă a conceptelor bizare, contradictorii; la întâlnirea lor, spațiile juridice și nonjuridice dau naștere unor hibrizi, ca aceia promovați, de pildă de mass-media și televiziune. Avem aici de a face cu o viziune asupra dreptului „fragmentată și inconsistentă - o viziune a mesajelor juridice suprapuse și contradictorii, a regulilor și contraregulilor compensatorii ce incită atât la obediență, cât și la dezobediență, la acțiune legală și ilegală⁴⁷⁾. Situația este derutantă, iar senzația este aceea că dreptul și conceptele pe care le manipulează nu pot face față revoluțiilor tehnologice, comunicative, tranzacționale, științifice ale postmodernității⁴⁸⁾. Și lucrurile nici nu pot sta altfel în măsura în care tot ceea ce se întâmplă în incinta unei săli de judecată ține prima pagină a ziarelor de a doua zi, panica generată sugerând că dreptul nu poate ține pasul cu aceste tehnologii și că „postmodernizarea totală a culturii juridice pare prea îngrijorătoare⁴⁹⁾).

Jurisprudența postmodernă face tranziția de la o eră în care erau frunțase „adevărurile fundamentale, valorile transcendente, și concepțiile neutre” la o alta în care acestea din urmă sunt înlocuite de „explicații mai pluraliste, contextuale, și nonesențiale⁵⁰⁾. Jurisprudența postmodernă se revoltă împotriva metanarațiunilor juridice, definindu-le ca „moduri retorice ale gândirii juridice conceptuale și normative ce presupun existența unui răspuns corect pentru fiecare problemă juridică⁵¹⁾. Postmodernitatea privește cu scepticism orice tendință de generalizare, de formulare abstractă a unei soluții totalizatoare, iar dreptul, sub influențele epocii, începe el însuși să se îndoiască de capacitatea sa de a formula principii clare care să poată ghida cu o siguranță de nezdruccinat societatea multiculturală, -etică, -lingvistică actuală. Ceea ce se dorește în momentul de față este un drept care să se opună modelelor structurale sau cunoașterii fundamentale, un drept care să țină cont de și să folosească strategii de rezolvare a problemelor locale, la scală mică care să ridice noi întrebări cu privire la el însuși, politică sau cultură⁵²⁾. De aici însă începe un drum sinuos presărat cu întrebări, mai degrabă decât cu răspunsuri. Relativizarea valorilor induce un anumit grad de nihilism specific filosofilor juridici postmoderni ce înaintează paradoxuri de tipul: „[...] dacă toate valorile sunt social construite, istoric contingente, și relative, cum putem vreodată ști dacă oricare alegere a [unei] politici este «bună» sau «rea»?”⁵³⁾. „**Interpretivismul**” juridic postmodern amprentează nihilismul prin teza contra imanenței naturii dreptului și opunerea fermă față de existența independentă, în afara practicii juridice, a valorilor și principiilor juridice, dar mai ales sporește angoasa relativității prin afirmarea faptului că fiecare interpretare este subiectul unei alte interpretări⁵⁴⁾, un ciclu

⁴⁶⁾ B. de Sousa Santos, *op. cit.*, 1987, p. 298.

⁴⁷⁾ B. de Sousa Santos, *op. cit.*, 1987, p. 298.

⁴⁸⁾ D. Kennedy, *Some Comments on Law and Postmodernism: A Symposium Response to Professor Jennifer Wicke*, *University of Colorado Law Review* 62/1991, p. 480.

⁴⁹⁾ D. Kennedy, *op. cit.*, 1991, p. 480-81.

⁵⁰⁾ G. Minda, 1995, p. 2, în Ch. L. Sagers, *op. cit.*, 1997, p. 1939.

⁵¹⁾ Ch.L. Sagers, *op. cit.*, 1997, p. 1939.

⁵²⁾ Ch.L. Sagers, *op. cit.*, 1997, p. 1939.

⁵³⁾ Ch.L. Sagers, *op. cit.*, 1997, p. 1940.

⁵⁴⁾ D. Patterson 1993, p. 21, în Ch.L. Sagers, *op. cit.*, 1997, p. 1940.

nesfârșit de posibilități juridice înșirabile, irezolvabile. Bucuriei extinderii juridicului dincolo de formă către funcție și a depășirii fazei „nonsensului transcendent” i se substituie teama că negațiunii oricărei teze trecute îi corespunde deșertăciunea:

„După această critică a calităților limitative ale formei vine o anume frică de abis. Așteptați un minut - dacă distrugem asta, ce mai rămâne? Nu duce asta la nihilism? Nu duce asta chiar și la fascism? Și întocmai precum artiștii moderni timpurii au fost acuzați de instigare la fascism, de frângere a civilizației vestice, de subminare a formelor culturale care susțineau tot ce este just și bun, așa și realiștii juriști au fost acuzați de exact același lucru: de distrugerea structurii societății, de pregătirea unui drum pentru un fel de anarhie groaznică sau revoluție”⁵⁵⁾.

O temă importantă a postmodernității este așa-numita **moarte [sau indeterminate] a subiectului**⁵⁶⁾. Este vorba aici despre distrugerea categoriilor sociale, înțelese în sens tradițional („femei, homosexuali, negri sau afro-americani, consumatori”) în contextul fragmentării identității de sine și a construirii unui nou tip de individ independent în raport cu oricine și orice altceva, parte a unei societăți neagregate, lipsite de coeziune⁵⁷⁾. Trăind în lumi diferite simultan, identitatea socială apare ca fiind fracturată, posibilitatea unei reconcilierii a schismei dintre eu și sine, pe de o parte, și dintre eu și societate, pe de altă parte, fiind imposibilă; pe acest fundal indivizii „sunt ei înșiși «terenuri ale narațiunilor conflictuale și ale punctelor de vedere incommensurabile»”⁵⁸⁾. În acest context relația dintre subiect și sistemul de drept se schimbă radical, pentru prima oară jurisprudența asumându-și responsabilitatea de a interacționa cu individul. Punctul central de interes se schimbă de la „studiul sistemului juridic și al proprietăților acestuia” (ordine, coerență, determinare etc.) la „natura subiectului juridic ce înțelege sistemul juridic și îl judecă ca având aceste proprietăți”⁵⁹⁾. Perspectiva se schimbă radical; dacă în jurisprudența tradițională „contribuția subiectului la sistemul de drept [era] invizibilă”, jurisprudența postmodernă încearcă să facă loc individului, ca atare să îl accepte ca interpret și contribuțant activ la sistemul de drept. Cu toate acestea scepticii lansează un punct de vedere ce nu poate fi ignorat, și anume că individul, ca participant proactiv și cooptant la procesul de înțelegere și îmbunătățire a dreptului, determină un subiectivism ce afectează procesul de înțelegere juridică. Astfel, J.M. Balkin determină trei dimensiuni ce reliefează acest aspect: prima este aceea că subiecții aduc cu sine „scopuri” în procesul de înțelegere a dreptului; vorbim așadar despre o pluralitate de perspective, determinate de activități variate ale diferiților participanți, cu privire la „înțelegerea dreptului”⁶⁰⁾. Se formează astfel o „rețea de forme de înțelegere juridică suprapuse și interconectate, în care statutul

⁵⁵⁾ F. Cohen, 1935, p. 502-3, în M. Freeman, *op. cit.*, 2008, p. 1410.

⁵⁶⁾ M. Freeman, *op. cit.*, 2008, p. 1410.

⁵⁷⁾ Prof. univ. dr. D.C. Dănișor, *Notițe curs doctorat*, 2014.

⁵⁸⁾ M. Freeman, *op. cit.*, 2008, p. 1411.

⁵⁹⁾ M. Freeman, *op. cit.*, 2008, p. 1411.

⁶⁰⁾ J.M. Balkin, 1993, p. 110, în M. Freeman, *op. cit.*, 2008, p. 1412.

ierarhic și relațiile de dependență sunt temporare și mult mai puțin clare”⁶¹). Cea de-a doua dimensiune indică faptul că percepția noastră asupra dreptului este strâns legată de „natura sinelui” și că maniera în care noi concepem dreptul ține de „nevoile psihologice ale sinelui”⁶²). Cea de a treia dimensiune punctează faptul că subiectivismul este important tocmai pentru că înțelegerea dreptului este, de asemenea, o sursă de putere asupra subiectului. Astfel, „dacă dorim să înțelegem înțelegerea juridică, «trebuie să recunoaștem nu doar efectele pe care înțelegerea noastră le are asupra obiectelor pe care le construim, ci și efectele pe care actul înțelegerii le are asupra noastră». [...] Înțelegerea dreptului este ceva ce ni se întâmplă și care ne schimbă. Este un tip de receptivitate, de vulnerabilitate, ce ne afectează la fel de mult precum afectează dreptul pe care încercăm să îl înțelegem”⁶³).

Interdisciplinaritatea este un alt fenomen ce caracterizează dreptul postmodern. Se depistează interferențe la granița dintre drept și științe socioumane, economie, politică, psihologie, sociologie, literatură sau curente postmoderniste ca feminismul. Întrepătrunderile disciplinare sunt de dorit în postmodernitate, acestea fiind percepute ca venind în sprijinul disciplinelor încă relativ autonome, așa cum este dreptul, prin oferta de metodologii, tehnici de cercetare și limbaj alternative care să lărgescă perspectivele și să ofere noi răspunsuri acolo unde o disciplină se află în impas. Pe cât de multe beneficii, pe atât de multe primejdii, scepticii rămânând încă rezervați cu privire la succesul amalgamării de jargoane și de metodologii disciplinare. R. Kramer vorbește, de pildă, despre micul club al economiștilor, sociologilor și psihiatrilor din cadrul Facultății de Drept a școlii Yale. „Ei participă conștiincios la întâlnirile facultății de drept; însă își păstrează traiectoria în cadrul propriilor mici discipline ermetice. Și, în mod similar, juriștii își păstrează și ei traiectoria în cadrul propriilor mici discipline ermetice. Cu toții învață câte ceva despre jargonul celuilalt, astfel încât să poată vorbi frumos la conferințe și cocktailuri, însă nu foarte mult este realizat”⁶⁴). Neîncrederii în abilitatea unui om de a struni perfect mai multe discipline ce presupun ani de (auto)educație, Kramer îi adaugă și gradul de ezoterism specific dreptului și altor discipline, păstrând aici în vizer publicul căruia fiecare disciplină i se adresează. Admițând doza de ermetism pe care vocabularul juridic o conține, Kramer sugerează faptul că mulți din termenii ce originar au fost înzestrați cu înțelesuri speciale, specifice domeniului juridic, au trecut în vocabularul comun (cum sunt de pildă „drept”, „datorie”, „privilegiu”, „crimă”, „pedeapsă”), astfel încât individul neinițiat poate „avea idei false sau eronate despre ceea ce înseamnă cu adevărat acele cuvinte, dar [...] poate citi un articol ce folosește acele cuvinte și poate să își facă o idee de ansamblu despre ceea ce juristul vorbește”⁶⁵). Iar individul inițiat în uzul unor termeni specializați, proprii disciplinei dreptului, poate da o definiție relativ complexă și exactă a acestora, căzând de acord cu colegii

⁶¹) M. Freeman, *op. cit.*, 2008, p. 1412.

⁶²) M. Freeman, *op. cit.*, 2008, p. 1412.

⁶³) M. Freeman, *op. cit.*, 2008, p. 1412-13.

⁶⁴) R. Kramer, *Some Observations on Law and Interdisciplinary Research*, Duke Law Journal 8.4/1959, p. 563.

⁶⁵) R. Kramer, 1959, *op. cit.*, p. 565.

săi asupra problematicei⁶⁶). Însă atunci când avem de a face cu discipline ce folosesc termeni atât de recent fabricați (ca „nevroza”, al cărei sens cititorul o poate descifra prin intermediul a circa 18 sau 20 de definiții...), ce încă nu au intrat în vocabularul comun, este dificil atât pentru specialist, cât și pentru nonspecialist să (a) le determine un înțeles exact și (b) să îi înglobeze într-o cu totul altă disciplină, cum ar fi aceea a dreptului⁶⁷). Un caz din anii '20 ai SUA ne vine în sprijinul înțelegerii adecvate a pericolelor interdisciplinare. Astfel, un studiu psihiatric în vogă la vremea respectivă a determinat faptul că relele sociale, în special crima, pot fi puse pe seama debilizilor mintal⁶⁸). Pe scurt, studii efectuate asupra unor familii specifice au dus la constatarea faptului că „un părinte oligofren în 1970 a produs câteva mii de criminali și delincvenți de diverse tipuri”⁶⁹). Acest studiu nonjuridic a fost transformat însă într-un act de lege care prevedea sterilizarea persoanelor debile mintal, Curtea Supremă a Statelor Unite (*Buck vs. Bell*, 274 U.S. 200, 1927), fiind în favoarea acesteia. La un timp după punerea în vigoare a acestei legi, studiul a fost contestat, noile cercetări evidențiind faptul că „cei mai mulți criminali din [...] penitenciare și închisori erau departe de a fi oligofreni. Ei erau la fel de inteligenți ca și cei din afara închisorilor”⁷⁰). Așadar, spre satisfacția multor specialiști, teoria oligofreniei a fost discreditată cu succes; însă urmările juridicizării defectuoase a conceptului nonjuridic de „oligofrenie” sunt dezastruoase: condamnarea a mii de persoane în baza unor raționamente de natură nonjuridică și urmele acestora în cărțile de lege, relicve conceptuale persistente ale erorilor trecute. Dincolo de greșelile grave comise atunci, repetate în timp de Curtea Supremă, se nasc noi temeri și noi întrebări: „ne putem permite, ne putem asuma răspunderea ca fiecare generație [...] să ne rescrie reglementările și legislația atunci când teoria sociologică, sau psihiatrică, sau medicală se schimbă? Experiența de până acum ne-a indicat că legiuitorii noștri nu sunt apți pentru a se mișca atât de rapid”⁷¹).

La întrebarea dacă epoca postmodernă aduce cu ea o moarte a dreptului modern este greu să găsim un răspuns tranșant. Cred că este vorba mai degrabă de o renaștere a dreptului și întregului său arsenal conceptual astfel încât acesta să corespundă colapsului valorilor din contemporaneitate, crizei ideii de identitate, percepției realității ca experiență construită, semnificată, confuziei generate de relativism, indeterminare și de structurare socială, culturală, lingvistică etc., dispariției punctelor stabile de orice fel și înlocuirii acestora cu câmpuri mobile și jocuri de texte⁷²). Pendularea dreptului între epoca modernă și cea postmodernă, „în ciuda formalei sale imutabilități”⁷³) denotă faptul că dreptul încearcă să ajusteze principii moderne la noile cerințe ale erei postmoderne. Gândindu-se la concepția postmodernă a dreptului bazată pe pluralism juridic, interlegalitate,

⁶⁶) R. Kramer, 1959, *op. cit.*, p. 565.

⁶⁷) R. Kramer, 1959, *op. cit.*, p. 565.

⁶⁸) R. Kramer, 1959, *op. cit.*, p. 567.

⁶⁹) R. Kramer, 1959, *op. cit.*, p. 567.

⁷⁰) R. Kramer, 1959, *op. cit.*, p. 567.

⁷¹) R. Kramer, 1959, *op. cit.*, p. 568.

⁷²) S. Pârvu, *op. cit.*, p. 227-32.

⁷³) H. Ciurtin, *op. cit.*

amestecul codurilor și nonsincronism, Sousa Santos percepe dreptul ca pe un animal cameleonic⁷⁴⁾. „Schimbându-și constant culorile în concordanță cu anumite reguli biologice, cameleonul este cu adevărat nu un animal, ci mai degrabă o rețea de animale - mult similar felului în care dreptul este o rețea de ordine juridice. Dreptul, asemenea unui cameleon, se poate dovedi ca fiind potrivit concepției postmoderne despre drept”⁷⁵⁾.

4. Concluzii

Epoca contemporană, aici în accepțiunea ei postmodernă, ridică „incertitudinea” la rang la valoare supremă. Aceasta guvernează *Dasein*-ul unei întregi generații, limbaje și discipline, drumul inițiativ siddharthian fără de sfârșit. În egală măsură, aceasta destabilizează, reformează, dacă vrem, șirul gândirii juridice până în punctul în care începe să se insinueze o nostalgie a compartimentării seci, dar eficace, a dreptului în secțiuni clar delimitate ce modernitatea le atribuia unei realități ușor clasificabile și identificabile. Printr-o alegorie mitologică ce apare și în Cartea a X-a din *Republica* platoniană, juristul postmodern poate fi descris ca transgresând zona sa de confort disciplinar și fiind pus în fața destinului său. Ca o primă alegere, el își poate potoli setea bând din râul Lethe, al *Uitării*, sau al *Nepăsării*, așa cum îl numește Platon, pierzând astfel memoria existenței trecute; hotărârea luată determinând însă ca cel ce a băut din Lethe să nu își poată aminti de greșelile vieților trecute, astfel să nu poată deveni mai înțelept într-o viață viitoare. Ca o a doua alegere, juristul în cumpănă poate bea din Mnemosyne, râul *Memoriei* sau al *Amintirilor*, asigurând astfel transmigrarea sufletului către o nouă etapă a reînțelegerii prin ținerea de minte a greșelilor trecute și înțelepciunea asumării și evitării acestora. Dificultatea nu rezidă însă în alegere; în cele din urmă devine clar pentru jurist că nu este cu putință și nici nu trebuie să se debaraseze de bagajul acumulat de teorii și practici juridice, și că inițierea în drept nu poate fi complet efectuată fără călăuză trecutul. Dilema juristului constă în re-adaptarea și re-interpretarea aceluși întreg bagaj acumulat de teorii și practici juridice la și în lumina difuză a realității postmoderne fragmentare, eterogene, ce neagă totul fără în schimb a reafirma ceva, ce creează spații ale insecurității în gândire și practică și ce dizolvă existența în neanturi existențiale. Cu alte cuvinte, jurisprudența traversează o perioadă de schimbări profunde, cărora filosofia postmodernității nu le-a creat încă o ecluză teoretică. Destabilizarea jurisprudenței însă aduce cu sine și o putere de control redusă a efectelor pe care dreptul le generează și care se răsfrâng, așa cum s-a văzut în cazul amalgamării interdisciplinare, asupra indivizilor.

⁷⁴⁾ B. de Sousa Santos, op. cit., 1987, p. 299.

⁷⁵⁾ B. de Sousa Santos, op. cit., 1987, p. 299.

PROBLEME DE BIOETICĂ GENERATE DE INTERACȚIUNEA DINAMICĂ DINTRE DISPOZIȚIILE LEGISLATIVE PRIVIND AVORTUL ȘI ALTE REGLEMENTĂRI*

Asist. univ. dr. Anuța Elena FRANȚ
Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași
Facultatea de Drept

Bioethical issues arising from the dynamic interaction between legal provisions on abortion and other legal regulations

Abstract:

The legal regime of abortion interacts with the legal provisions which regulate other fields of activity. One of the most prominent interaction is the interaction between the provisions related to abortion and the provisions governing freedom of thought, conscience and religion, freedom which may be put forward by physicians in order to refuse to perform certain medical procedures. Under a permissive abortion regime, the possibility of a physician to rely on freedom of thought, conscience and religion basically means that the doctor can refuse to perform an abortion. In this context, there is a bioethical need to find legislative solutions, so that the physicians' freedom of thought, conscience and religion do not affect a woman's right to have access to abortion, when abortion is legal. Essentially, these solutions consist in informing the women wishing to abort about the refusal to perform abortions and directing her to another doctor who is willing to perform the abortion procedure, along with the interdiction to refuse to perform an abortion if the life or health of the pregnant woman are in severe danger. Also, the solutions include the interdiction for health institutions (especially public institutions) to invoke the freedom of thought, conscience and religion. The restrictive regime of abortion gives birth to other bioethical issues, such as the phenomenon of illegal abortion and the so-called "abortion tourism". However, solutions can be found if we adopt a rational attitude, based on the need to solve real problems.

Key words: *abortion, bioethics, freedom of thought, conscience and religion, demography, illegal abortion, abortion tourism.*

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

1. Cadrul problemei. Necesitatea de a analiza problemele de natură bioetică ce apar în procesul de aplicare a diferitelor reglementări referitoare la avort

Chestiunea avortului reprezintă una dintre cele mai intens dezbătute probleme din punct de vedere bioetic. Aceasta se datorează faptului că avortul, într-o măsură mai mare decât alte aspecte cu relevanță asupra condiției umane, ridică probleme majore referitoare la limitele între care ar trebui să se manifeste libertatea de decizie a oamenilor cu privire la viața însăși. Iar esența bioeticii constă tocmai în stabilirea modului în care ar trebui să ne comportăm, astfel încât să fie respectate drepturile tuturor ființelor umane, urmărindu-se, în fapt, respectarea întregii biosfere¹⁾.

Polemica privind avortul a avut și are mai multe puncte de interes. Discuțiile se pot referi la aspecte cu un pronunțat caracter filosofic, precum dreptul la viață al fătului ori dreptul femeii însărcinate de a decide cu privire la sarcină, sau la aspecte puternic ancorate în realitatea imediată, de exemplu cele referitoare la modul în care ar trebui reglementat avortul. Dezbaterile nu se opresc odată cu adoptarea unei anumite legislații cu privire la avort. În primul rând, discuțiile vor continua deoarece, inevitabil, o anumită legislație concretizează o anumită ideologie referitoare la avort, fapt care nemulțumește persoanele care susțin punctul de vedere opus privind avortul. Practic, indiferent de ideologia consacrată la nivel legislativ, adepții unei anumite viziuni referitoare la avort vor continua să își promoveze punctul de vedere, deoarece opinia privind avortul reprezintă, în primul rând, o alegere individuală, care nu se poate schimba doar pentru că, la nivel legislativ, a fost implementat punctul de vedere opus. De asemenea, realitatea a arătat că implementarea unui anumit punct de vedere referitor la avort (fapt care generează un regim legal al avortului ori tolerant, ori restrictiv), creează anumite probleme concrete atunci când interacționează cu alte aspecte care au impact în sfera avortului. Astfel, polemica în materie de avort va continua.

În lucrarea de față ne propunem să identificăm asemenea probleme concrete care au apărut ca urmare a aplicării unui anumit tip de legislație cu privire la avort, precum și să evidențiem eventualele soluții care au fost deja găsite sau care ar putea fi găsite, pentru surmontarea acestor probleme. Cercetarea noastră se încadrează în sfera bioeticii, deoarece bioetica își propune, printre altele, să găsească modalitățile prin care pot fi depășite problemele din diferite domenii de activitate, astfel încât să fie respectate într-un mod echitabil drepturile indivizilor.

¹⁾ Pentru detalii privind sensurile noțiunii „bioetică” a se vedea A.E. Franț, *Interacțiunea dintre bioetică și dreptul penal. Conștientizare și justificare* („The Interaction between Bioethics and Criminal Law: Becoming Aware of the Issue”), în volumul *Uniformization of the Law - Legal Effects And Social, Political, Administrative Implications*, Conferință Internațională, Iași, 23-25 octombrie 2014/Universitatea „Titu Maiorescu”, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 654-661.

2. Probleme de bioetică în materie de avort care pot surveni în condițiile unui regim permisiv al avortului

2.1. Despre posibilitatea scăderii demografice, ca rezultat al aplicării unui regim permisiv al avortului. Interpretare

Această consecință a regimului permisiv cu privire la avort apare ca o urmare logică, percepută ca atare la nivel teoretic. Dincolo de problemele bioetice privind drepturile fetoșilor, analizați individual, un asemenea efect al regimului permisiv al avortului ridică probleme bioetice referitoare la societatea umană, în ansamblul său. Pentru că bioetica, deși se raportează foarte mult la fiecare individ în parte, are și un sens macroscopic, ce este atât o sumă a componentelor individuale, cât și o rezultantă ce transcende sensurile individuale, păstrându-și însă, în mod evident, concordanța cu acestea. Acceptând faptul că poate fi în concordanță cu bioetica să-i permiți unei femei să avorteze, dacă păstrarea sarcinii i-ar crea dificultăți, cum am putea califica, din punct de vedere bioetic, ipoteza în care toate femeile însărcinate s-ar decide să avorteze? Cât de flexibilă ar mai putea fi bioetica, dacă viitorul speciei umane s-ar vedea, dintr-o dată, amenințat? Din aceste motive, un regim permisiv al avortului ridică problema scăderii demografice, problemă ce are implicații bioetice.

Analizând însă în concret problema scăderii demografice datorită regimului permisiv al avortului, constatăm că realitatea introduce în ecuație anumite componente care schimbă modelul preconizat la nivel teoretic. Astfel, deși, incontestabil, multe țări cu un regim permisiv al avortului se confruntă cu o scădere demografică, rezultatul nu este neapărat datorat regimului tolerant în privința avortului. Mai mult, în unele țări cu un regim permisiv privind avortul, numărul avorturilor a scăzut²⁾. Explicația rezidă în faptul că ultimele decenii au adus o schimbare a mentalității oamenilor cu privire la problema reproducerii. Această schimbare este un rezultat al modificărilor majore în stilul de viață al oamenilor, în concepția despre educație și despre rolul pe care fiecare individ ar trebui să-l ocupe în societate. O influență importantă a avut-o ascensiunea feminismului și emanciparea femeilor, care au dus la creșterea dorinței femeilor de a-și construi cariere profesionale. Însă împlinirea unei femei pe plan profesional este dificil de realizat dacă femeia are în îngrijire unul sau mai mulți copii. Ca urmare, a crescut utilizarea metodelor și substanțelor contraceptive, iar oamenii au început să aibă mai puțini copii. În plus, creșterea vârstei la care femeile își doresc să aibă copii a atras problema infertilității, ceea ce a contribuit la scăderea demografică³⁾. În esență, în societățile dezvoltate, oamenii au început să considere că este mai bine să

²⁾ În perioada 2003-2008, numărul avorturilor din țările dezvoltate (care, în majoritate, au un regim permisiv al avortului) a scăzut cu aproximativ 600000. A se vedea *Facts on Induced Abortion Worldwide*, formă electronică, text disponibil la adresa http://www.gutmacher.org/pubs/fb_IAW.html#1 (referință din data de 06 martie 2015).

³⁾ A se vedea Sh. King, *Intercountry Adoption: Understanding a Child's Right to Grow Up in the Context of Her Family and Culture*, în C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman (editori), *Taking Responsibility, Law and the Changing Family*, Ashgate Publishing Group, 2011, p. 260-261. Este interesant faptul că reducerea numărului copiilor din cauza infertilității a fost parțial compensată de creșterea fenomenului adopției internaționale. Astfel, persoane din țările dezvoltate au adoptat copii din țări mai puțin dezvoltate. *Idem*.

ai copii mai puțini, dar mai bine educați, la o vârstă la care împlinirea profesională să poată furniza baza materială necesară creșterii copiilor în condiții optime⁴⁾. Așadar, scăderea demografică în țările cu un regim permisiv al avortului (care, de regulă, sunt țări dezvoltate) se datorează în primul rând schimbării mentalității oamenilor față de procreare.

În concluzie, putem aprecia că regimul permisiv al avortului nu are un impact negativ asupra unui scop bioetic macroscopic referitor la nivelul demografic. Oricum, credem că, în materie demografică, interesul bioeticii nu ar trebui să fie neapărat cel de creștere demografică. În condițiile în care numărul total al populației este suficient de mare încât să pună la încercare resursele planetei, este discutabil dacă bioetica ar trebui să susțină creșterea populației. Mai degrabă, este bioetic să considerăm că populația ar trebui să se încadreze între anumite limite rezonabile, care să permită fiecărui individ să aibă acces la resursele necesare dezvoltării personale.

2.2. Restrângerea accesului la avort care ar putea fi generată de respectarea libertății de gândire, conștiință și religie. Soluții

Un regim permisiv al avortului există, de regulă, în societățile democratice, care încearcă să garanteze populației manifestarea unei largi palete de drepturi. Între aceste drepturi se află și libertatea de gândire, de conștiință și de religie, care, pe fondul unei legislații permisive cu privire la avort, poate genera o serie de probleme cu implicații bioetice. În esență, dificultatea provine din faptul că, dincolo de reglementarea legală, opinia față de avort este o opțiune personală, care, în condițiile în care este recunoscută libertatea de gândire, de conștiință și de religie, trebuie să fie respectată. Astfel, pe cazul concret, poate exista situația în care un medic de specialitate obstetrică-ginecologie să refuze efectuarea unui avort, deși avortul este legal, din motive care țin de propria sa conștiință sau de religie. În aceste condiții, apar probleme de natură bioetică, deoarece există un conflict între dreptul unei femei însărcinate de a avea acces la avort, în condițiile în care avortul este legal, și dreptul medicului de a putea invoca libertatea de gândire, de conștiință și de religie, pentru a refuza realizarea avortului. Caracterul bioetic al problemei provine din faptul că, în conformitate cu principiul autonomiei (unul dintre principiile de bază ale bioeticii), trebuie respectate drepturile fiecărui individ⁵⁾. Iar în condițiile în care apare un conflict, care ar fi criteriile după care am putea stabili cine are prioritate?

În primul rând, problema provine din lipsa unei reglementări adecvate a dreptului la libertatea de gândire, conștiință și religie, astfel încât să se realizeze un echilibru între dreptul medicilor de a se prevala de acest drept și cel al pacienților de a fi tratați. O manifestare nelimitată a dreptului la libertatea conștiinței poate duce efectiv la imposibilitatea unei femei însărcinate de a avorta, chiar dacă avortul este permis de lege, deoarece și medicii au dreptul, recunoscut de lege, de a refuza realizarea procedurilor abortive.

⁴⁾ Pentru detalii, a se vedea O.B. Ahmad, C. Boschi-Pinto, A.D. Lopez, C.J.L. Murray, R. Lozano, M. Inoue, *Age Standardization of Rates: A New WHO Standard*, GPE Discussion Paper Series: No. 31, EIP/GPE/EBD, World Health Organization 2001, p. 1-7.

⁵⁾ Pentru detalii, a se vedea A.E. Franț, *op. cit.*

Unele țări s-au limitat doar la a insera în Constituție dreptul de a invoca libertatea de gândire, de conștiință și de religie, fără a reglementa printr-un act normativ modalitatea concretă prin care acest drept poate deveni realitate. Alte țări nu au nicio prevedere legală cu referire la acest aspect (Andorra, Letonia, Malta, Muntenegru, Macedonia). În alte state, deși reglementările legale există, apar probleme la implementarea lor practică (Polonia, Slovacia, Italia). În anumite țări s-a constatat că medicii invocă uneori dreptul la libertatea conștiinței pentru a nu realiza o serie de proceduri medicale în instituțiile publice, dar că se declară gata să efectueze respectivele proceduri, dacă pacienții acceptă să meargă în instituțiile private în care respectivii medici își desfășoară o parte a activității, pentru a obține câștiguri materiale⁶⁾.

În unele țări, deși legislația nu prevede deloc dreptul la libertatea de gândire, conștiință și religie sau nu prevede limitele între care poate fi invocat acest drept, totuși, în concret, s-a ajuns la un consens, în ceea ce privește realizarea actului medical. De exemplu, în Suedia, deși legislația nu are prevederi privind modul în care se poate invoca libertatea de gândire, conștiință și religie, totuși, în practică, medicii care au obiecții cu privire la realizarea anumitor proceduri acționează astfel încât să nu fie lezate drepturile pacienților de a beneficia de asistență medicală⁷⁾. În Austria, în condițiile în care nu există o reglementare satisfăcătoare a modului în care medicii pot invoca libertatea conștiinței, s-a consacrat totuși o conduită practică a medicilor de a putea refuza efectuarea unui avort doar dacă avortul este cerut pe motiv că sarcina este nedorită. Dacă sarcina implică anumite riscuri, pentru femeia însărcinată sau pentru făt, medicii, în principiu, vor realiza avortul⁸⁾.

În Slovacia și Polonia s-a raportat invocarea abuzivă a dreptului la libertatea conștiinței la nivel de instituție de sănătate. Astfel, în multe spitale sau clinici publice, conducerea acestor instituții impune medicilor să nu efectueze anumite proceduri medicale, indiferent de concepția personală a medicilor. Sunt vizate în special procedurile abortive și unele proceduri de control al fertilității, precum sterilizarea⁹⁾.

O altă problemă practică este generată de faptul că nu s-a stabilit cu certitudine cine poate invoca dreptul la libertatea de conștiință în realizarea actului medical: doar medicii care realizează efectiv procedurile abortive sau și cei care realizează activități adiacente, cum ar fi medicii anesteziști? Sau, admitând că dreptul poate fi invocat de către toți medicii care au vreo contribuție la realizarea unui avort, ar trebui recunoscut acest drept și personalului medical auxiliar (asistenților), personalului

⁶⁾ Ch. McCafferty, *Women's access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection* (Accesul femeilor la serviciile medicale legale: problema insuficientei reglementări a invocării libertății de conștiință - t.n.), raport întocmit pentru Comitetul privind problemele sociale, de sănătate și de familie al Consiliului European, (Doc. 12347 din 20 iulie 2010), formă electronică, text disponibil la adresa <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=12506&Language=EN> (referință din data de 07.03.2015), p. 6-7.

⁷⁾ *Ibidem*, p. 6.

⁸⁾ *Ibidem*, p. 6 și 11.

⁹⁾ *Ibidem*, p. 11.

administrativ sau farmaciștilor¹⁰⁾? Neclaritățile cu privire la acest aspect sunt de natură să provoace întârzieri nejustificate, în detrimentul dreptului pacienților de a beneficia de servicii medicale. De exemplu, în Italia, din cauza neclarităților existente cu privire la aceste aspecte, deși avortul este legal, medicii anesteziști refuză să participe la procedurile abortive, în proporție de 47,5%, în condițiile în care medicii obstetricieni refuză să efectueze avorturi invocând motive de conștiință în proporție de 69,3%, iar personalul medical auxiliar refuză să participe la realizarea avorturilor în proporție de 43,1%. Tot în Italia, în zonele rurale, numărul medicilor care refuză să se implice în realizarea unui avort este și mai mare, iar, în ansamblu, tendința ultimilor ani a fost de creștere a numărului medicilor care refuză să realizeze sau să asiste la proceduri abortive¹¹⁾.

O problemă importantă este și faptul că multe legislații nu prevăd clar ce se întâmplă în cazul în care procedura pe care medicul nu dorește să o realizeze este necesară pentru a salva viața sau sănătatea pacientului, sau din orice alt motiv, când există o stare de urgență¹²⁾. În aceste condiții, medicii au tendința firească de a refuza să efectueze avorturi chiar și în situații de urgență, de exemplu atunci când avortul ar fi necesar pentru a salva viața ori sănătatea femeii însărcinate.

Un alt aspect care creează dezechilibre între dreptul medicilor de a invoca libertatea conștiinței și dreptul pacienților de a beneficia de asistență medicală este faptul că, în multe țări, lipsește un mecanism eficient de control al modului în care medicii respectă obligațiile pe care legea le impune și, implicit, lipsește și un sistem adecvat de sancționare a medicilor care refuză să respecte prevederile legale privind libertatea de conștiință. Un mecanism eficient de control ar trebui să implice posibilitatea pacienților de a face plângere împotriva medicilor care refuză să efectueze anumite proceduri, precum și soluționarea rapidă a acestor plângeri. Altfel, se poate ajunge la situații ireversibile. De exemplu, în Hotărârea pronunțată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cazul *Tysiack c. Poloniei*, o femeie însărcinată a suferit o vătămare permanentă a sănătății după ce a născut, în condițiile în care îi fusese refuzat avortul, deși consecințele sarcinii și ale nașterii asupra sănătății sale erau previzibile. În acest caz, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis că statul polonez nu și-a îndeplinit obligația pozitivă de a lua toate

¹⁰⁾ Problema dreptului la libertatea de gândire, conștiință și religie a farmaciștilor în privința aspectelor referitoare la avort poate apărea, de exemplu, în domeniul contracepției de urgență, când utilizarea pilulei contraceptive trebuie să se facă într-un interval scurt de timp după un act sexual neprotejat. Dificultatea poate apărea dacă, de exemplu, un farmacist refuză să vândă substanțele necesare contracepției de urgență, iar accesul la o altă farmacie care vinde un asemenea produs este dificil.

¹¹⁾ Datele provin dintr-un studiu realizat de Ministerul Sănătății din Italia, *Relazione del ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78) - dati preliminari 2012, dati definitivi 2011 (Raport al ministrului Sănătății privind punerea în aplicare a legii care reglementează protecția socială a maternității și întreruperea voluntară a sarcinii (Legea 194/78) - date preliminare pentru anul 2012, date definitive pentru anul 2011)*, formă electronică, informații disponibile la adresele: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2023_ulterioriallegati_ulterioreallegato_0_alleg.pdf - datele statistice și http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2023_allegato.pdf - textul propriu-zis al raportului (referințe din data de 7 martie 2015).

¹²⁾ Ch. McCafferty, *op. cit.*, p. 10.

măsurile necesare pentru a asigura respectarea vieții private a reclamantei, inclusiv prin faptul că legea nu prevede o procedură eficientă prin care o femeie să poată ataca decizia doctorilor de a-i refuza cererea de realizare a avortului¹³⁾.

În aceste condiții, apare necesitatea găsirii unor soluții pentru a concilia dreptul medicilor de a invoca libertatea de gândire, de conștiință și de religie cu dreptul unei femei de a avea acces la avort, atunci când legea permite avortul. Deși unele state nu au făcut niciun demers în acest sens, altele au adoptat o serie de măsuri menite să ducă la rezolvarea unor probleme concrete rezultate din exercitarea acestui drept, ceea ce demonstrează că acest conflict dintre libertatea de conștiință și dreptul de a avea acces la realizarea avortului poate fi depășit. În esență, soluțiile au în vedere informarea în timp util a femeilor însărcinate despre refuzul de a realiza avortul și îndrumarea acestora spre medici care sunt dispuși să efectueze un avort, precum și realizarea obligatorie a avortului dacă viața ori sănătatea femeii însărcinate sunt într-un pericol grav. De asemenea, soluțiile vizează și obligativitatea ca la nivel de instituție sanitară (în special în cazul instituțiilor publice) să nu se invoce libertatea de conștiință și religie, conducătorii acestor instituții având obligația de a lua măsuri pentru ca, în rândul medicilor angajați, să existe și medici dispuși să efectueze proceduri abortive¹⁴⁾.

3. Probleme de bioetică generate de regimul restrictiv al avortului

Restricțiile legislative în materie de avort, aparent, sunt conforme cu regulile bioeticii, în primul rând prin faptul că, formal, respectă dreptul la viață al fătului. Așa cum am arătat însă anterior¹⁵⁾, bioetica presupune găsirea unor soluții pentru armonizarea intereselor care, la un moment dat, se află în conflict. În aceste condiții, a interzice avortul chiar în situații extreme (de exemplu, atunci când viața femeii însărcinate este în pericol) nu înseamnă neapărat a acționa conform regulilor bioeticii. Realitatea a arătat că interdicțiile excesive în materie de avort determină anumite comportamente ale femeilor însărcinate, care uneori le periclitizează sănătatea sau viața ori le supun unor presiuni intense, fizice, psihice și materiale. Asemenea comportamente constau în recurgerea la realizarea ilegală a avorturilor, precum și în efectuarea așa-numitului turism în scop de avort.

¹³⁾ A se vedea *Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului* din 20 martie 2007, pronunțată în cazul *Tysiac c. Poloniei*, disponibilă la adresa [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79812#{"itemid":\["001-79812"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79812#{) (referință din 7 martie 2015). Judecătorul Borrego Borrego are însă o opinie diferită față de cea exprimată în această hotărâre. El consideră că, practic, în acest caz, Curtea a decis că un copil s-a născut prin încălcarea Convenției. Borrego crede că s-a ajuns prea departe și consideră acest lucru „înfrorător” (t.n.; în original, „frightening”). A se vedea *Opinia separată a judecătorului Borrego Borrego*, anexă la *Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului* pronunțată în cazul *Tysiac c. Poloniei*.

¹⁴⁾ A se vedea Ch. McCafferty, *op. cit.*, p. 8-13.

¹⁵⁾ A se vedea A.E. Franț, *op. cit.*

3.1. Problema avorturilor ilegale

Realizarea ilegală a avorturilor apare ca o consecință logică a interdicțiilor legale privind avortul. Analiza istorică a impactului reglementărilor legale în materie de avort a arătat că femeile au recurs întotdeauna la avort, indiferent că avortul a fost sau nu permis de lege¹⁶⁾. Unele studii au arătat că modificările legislative, în sensul trecerii avortului în legalitate, nu au făcut decât să transforme avorturile care oricum se realizau în mod ilegal în avorturi legale¹⁷⁾. Studiile arată că, într-adevăr, cele mai multe avorturi ilegale au loc în țările care au un regim restrictiv al avortului, majoritatea fiind țări în curs de dezvoltare¹⁸⁾.

În condițiile în care realizarea ilegală a unui avort expune femeia însărcinată unui pericol major, ne punem problema dacă ar trebui să considerăm că regimul restrictiv al avortului se încadrează în limitele fixate de bioetică. Un regim restrictiv în materie de avort a produs, aproape invariabil, un rezultat constant, și anume un mare număr de avorturi ilegale. Așa cum am arătat deja¹⁹⁾, a acționa bioetic în materie de avort înseamnă să ai în vedere ambele interese (al fătului și al femeii însărcinate) și să alegi soluția care rezolvă problema concretă. Am arătat²⁰⁾, de asemenea, că în materie de avort sunt valabile raționamente care nu se pot aplica în alte domenii, deoarece relația dintre făt și femeia însărcinată este una unică, fapt ce atrage necesitatea găsirea unor soluții unice. În acest context, credem că un regim restrictiv al avortului, în principiu, nu corespunde regulilor fixate de bioetică.

Totuși, credem că am putea considera că un regim restrictiv privind avortul este bioetic, dacă ar fi luate măsuri eficiente pentru a preveni sarcinile nedorite. Caracterul bioetic al unui regim sever în privința avortului, dar care încearcă să prevină sarcinile nedorite rezultă din faptul că, în mod evident, se are în vedere atât interesul fătului, cât și interesul femeii însărcinate, dându-se femeii șansa reală de a evita să ajungă în situația de a efectua un avort ilegal. Totuși, este greu să se

¹⁶⁾ De exemplu, în România, în perioada în care a fost în vigoare Decretul nr. 770/1966, prin care s-a instituit un regim sever privind avortul, au fost efectuate foarte multe avorturi ilegale. Deoarece aceste avorturi ilegale se realizau în condiții periculoase pentru femeile însărcinate, de multe ori avorturile au dus la vătămare gravă a sănătății sau chiar la decesul femeii însărcinate. Pentru detalii, a se vedea A.E. Franț, *Elemente definitorii ale legislației românești în materie de avort. O perspectivă istorică (Defining Elements of the Romanian Legislation on Abortion. A Historical Perspective)*, Acta Universitatis George Bacovia. Juridica, Issue no. 2 - vol. 3 /2014, p. 457-478.

¹⁷⁾ A se vedea C. Francome, *Estimating the Number of Illegal Abortions*, în *Journal of Biosocial Science*, volume 9, Issue 04, October 1977, p. 467-479. Autorul consideră că numărul avorturilor legale efectuate după intrarea în vigoare în Marea Britanie a Legii privind avortul din 1967 (care a liberalizat avortul) este aproximativ egal cu numărul avorturilor ilegale realizate imediat anterior intrării în vigoare a acestei legi.

¹⁸⁾ La nivel global, se estimează că anual aproximativ 20 de milioane de avorturi (aproximativ 48% dintre avorturile realizate la nivel mondial) au loc în mod ilegal, în condiții care presupun riscuri pentru femeia însărcinată. Aproximativ 97% dintre avorturile ilegale au loc în țările în curs de dezvoltare, care de regulă au legislații severe în materie de avort. A se vedea M.E. Ikeanyi, C.A. Okonkwo, *Complicated illegal induced abortions at a tertiary health care institution in Nigeria*, în *Pakistan Journal of Medical Sciences*, Volume 30, Issue 6, 2014, p. 1398-1402 .

¹⁹⁾ A.E. Franț, *op. cit.*

²⁰⁾ *Ibidem.*

implementeze în mod perfect un asemenea program de educație sexuală, astfel încât să se elimine total numărul sarcinilor nedorite²¹⁾.

Problema avorturilor ilegale este suficient de gravă încât să pună în mod serios problema remodelării legislației. Unul dintre cele mai importante aspecte legate de avorturile ilegale este faptul că asemenea avorturi se realizează în număr mare de către adolescente²²⁾. Chiar în țările care au un regim permisiv al avortului, lipsa educației sexuale și teama de reacția părinților pot determina o adolescentă care se confruntă cu problema unei sarcini nedorite să recurgă la un avort ilegal, punându-și în pericol sănătatea sau chiar viața. În aceste condiții, problema avorturilor ilegale își arată și alte fațete, legate de necesitatea educației, atât a copiilor, cât și a părinților, în ceea ce privește problemele reproductive și de natură sexuală²³⁾.

Efectele negative ale legislației severe în materie de avort sunt uneori contracarate de hotărârile instanțelor. Astfel, în unele țări care au un regim sever al avortului, instanțele, sesizate cu soluționarea unor cazuri în care avortul s-a săvârșit în mod ilegal, i-au achitat pe inculpați. De multe ori însă, motivările instanțelor se bazează pe constatarea neîndeplinirii unor condiții procedurale. Este evident efortul pe care îl fac judecătorii de echilibra regimul restrictiv al avortului, în condițiile în care elementele de drept substanțial ar fi greu de invocat pentru a pronunța achitări în cazul săvârșirii unor fapte de avort. Aceasta, cu atât mai mult cu cât, în unele cazuri, chiar Constituția prevede că fătul are drept la viață, ceea ce face aproape inutilă orice argumentare care ține de situația de fapt²⁴⁾.

Este dificil de înțeles de ce statele insistă să mențină la nivel oficial anumite dispoziții care, în mod evident, contravin necesităților concrete, mai ales atunci când chiar unele organe ale statului respectiv încearcă să găsească soluții pentru a evita aplicarea dispozițiilor uneori excesiv de dure cu privire la avort. Încercându-se afirmarea unor principii cu caracter abstract (și anume că fiecare ființă trebuie valorizată) se ignoră faptul că principiile trebuie să fie adaptate fiecărei situații

²¹⁾ Este elocventă în acest sens situația din Chile, țară în care avortul este interzis total (chiar și în ipoteza în care viața femeii însărcinate ar fi în pericol). Deși s-a încercat implementarea unui sistem de educație sexuală și de prevenire a sarcinilor nedorite, acesta nu a avut rezultatul scontat, iar avorturile ilegale continuă să se producă, în număr de aproximativ 100000 pe an. A se vedea L. Casas, L. Vivaldi, *Abortion in Chile: the practice under a restrictive regime*, în *Reproductive Health Matters*, Volume 22, Issue 44, p. 70-81.

²²⁾ Un studiu asupra numărului avorturilor efectuate în Statele Unite ale Americii pentru perioada 2002-2011 a arătat că cele mai multe avorturi le-au avut adolescentele. Studiul are în vedere numărul total al avorturilor identificate, atât legale, cât și ilegale. De asemenea, studiul arată că, în ansamblu, numărul avorturilor a scăzut, la toate categoriile de vârstă ale femeilor, mai puțin în ceea ce privește adolescentele cu vârstă mai mică de 15 ani, în rândul cărora a crescut numărul avorturilor. A se vedea K. Pazol, A.A. Creangă, K.D. Burley, D.J. Jamieson, *Abortion Surveillance - United States, 2011*, în *MMWR Surveillance Summaries*, Volume 63, Issue 11, 2014, p. 1-42.

²³⁾ A se vedea P-A. Michaud, A-E Ambresin, *The health of adolescence around a world in transition*, în *Georgian Medical News*, Issue 230, 2014, p. 51-59.

²⁴⁾ Aceasta este situația în Mexic, mai puțin în zona teritorială Mexico-City (care permite avortul în primul trimestru de sarcină). A se vedea J. Paine, R. Times Noriega, A. Luz Beltran y Puga, *Using litigation to defend women prosecuted for abortion in Mexico: challenging state laws and the implications of recent court judgements*, în *Reproductive Health Matters*, Volume 22, Issue 44, 2014, p. 61-69.

în parte. Iar caracterul specific al relației dintre făt și femeia însărcinată face să existe un alt sens al principiului că trebuie respectat dreptul la viață al oricărei ființe umane, născută sau nenăscută. Dincolo de toate discuțiile privind caracterul moral sau imoral al avortului, rămâne realitatea legăturii indisolubile dintre femeia însărcinată și făt, legătură care transcende domeniul juridic și care are propriile sale reguli.

3.2. Fenomenul așa-numitului turism în scop de avort

Restricțiile legislative în materie de avort au generat și așa-numitul turism în scop de avort. Acest fenomen presupune călătoria femeilor însărcinate din țările cu regim restrictiv al avortului în alte țări, cu regim permisiv, cu scopul de a avorta. Este evident că astfel femeile însărcinate sunt supuse unor mari eforturi, inclusiv financiare, doar din cauza faptului că statele ai căror cetățeni sunt consideră că trebuie să dea prioritate unor principii morale afirmate la un nivel de abstractizare aflat mult prea departe de necesitățile concrete. Acest fenomen apare cu predilecție în țările dezvoltate care au un regim sever al avortului. În Europa, Republica Irlanda și Irlanda de Nord se confruntă cel mai mult cu problema turismului în scop de avort, multe femei călătorind în special în Anglia și Țara Galilor pentru a avorta²⁵⁾. Aceeași situație există și în Polonia²⁶⁾. În țările în curs de dezvoltare, de regulă situația financiară precară împiedică femeile însărcinate să meargă în alte țări pentru a avorta, aspect care le împinge spre efectuarea de avorturi ilegale, care le pun în pericol sănătatea și viața. Din acest punct de vedere, al riscurilor pentru femeia însărcinată, se poate aprecia că este mai puțin periculos turismul în scop de avort decât realizarea avortului în mod ilegal. Categorie, însă, turismul în scop de avort nu este o procedură de dorit. Chiar dacă toate femeile care doresc să avorteze ar avea mijloace financiare pentru a merge în alte țări cu scopul de a avorta, credem că este total nejustificat să supui femeile însărcinate să depună un astfel de efort²⁷⁾. În acest context, dorința statelor de a păstra cu orice preț un principiu de ordin moral duce la un comportament imoral față de propriii cetățeni. De aceea încurajarea turismului în scop de avort, prin menținerea unui regim restrictiv al avortului, este o conduită contrară bioeticii.

²⁵⁾ A se vedea F. Bloomer, K. O'Dowd, *Restricted acces to abortion in the Republic of Ireland and Northern Ireland: exploring abortion tourism and barriers to legal reform*, în *Culture Health & Sexuality*, Volume 16, Issue 4, p. 366-380.

²⁶⁾ A se vedea <http://www.abortionreview.org/index.php/site/article/819/> (referință din data de 10 martie 2015).

²⁷⁾ Precizăm însă faptul că, în viziunea Curții Europene a Drepturilor Omului, faptul că femeile însărcinate sunt nevoite uneori să călătorească în alte țări pentru a avorta, deși reprezintă categoric o situație dificilă din punct de vedere psihic, fizic și financiar, nu reprezintă o încălcare a art. 3 din Convenția europeană a drepturilor omului, care prevede interzicerea torturii, a pedepselor și a tratamentelor inumane ori degradante. A se vedea Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului pronunțată în cazul *A, B, C c. Irlandei*, paragrafele 163 și 164, formă electronică, text disponibil la adresa [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{"itemid":\["001-102332"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{) (referință din data de 9 martie 2015).

4. Concluzii cu privire la problemele bioetice referitoare la avort care apar ca urmare a interacțiunii dinamice dintre dispozițiile legislative privind avortul și alte reglementări

Apariția unor dificultăți în procesul de aplicare a diferitelor reglementări referitoare la avort este inevitabilă, în condițiile în care problema avortului este susceptibilă de a primi mai multe interpretări. Interacționând cu diverse alte chestiuni, fenomenul avortului evidențiază multiplele sale fațete, precum și greutățile concrete care apar ca urmare a implementării unei anumite viziuni referitoare la avort. Asemenea dificultăți legate de sfera avortului țin de domeniul bioeticii, deoarece principiile bioeticii ar trebui să-și găsească aplicarea în toate domeniile de activitate și să ajute la găsirea unei soluții de echilibru, atunci când apar discordanțe.

Deși există permanent un conflict ideatic în materie de avort, care este greu de depășit, ținând cont de natura subiectivă a viziunii privind avortul, acest conflict nu reprezintă o problemă în sine. Adevărata problemă apare în momentul în care, o dată concretizată la nivel legislativ o anumită idee, ea începe să producă efecte reale. Iar în ceea ce privește avortul, efectele reale pot fi dramatice, pot schimba total cursul vieții unei persoane. Din asta provine și importanța de a găsi rezolvări ale problemelor pe care reglementările privind avortul le creează, din faptul că modul de reglementare a avortului ajunge, prin mecanisme specifice, să aibă un impact major în societate.

În fapt, a analiza problema avortului înseamnă mult mai mult decât a analiza „simpla” alegere de a păstra sau nu o sarcină, înseamnă a face, în mod implicit, o incursiune în sfera aspectelor umane esențiale. Avortul include și probleme legate de dinamica relațiilor dintre sexe, de conflictul dintre generații, de politicile constituționale, de măsura în care un stat înțelege să intervină în cele mai intime aspecte ale vieții oamenilor, de influența religiei asupra reglementărilor legale, de filosofie. Din această cauză, pentru a putea clarifica dilemele din sfera avortului, este necesar să lămurim mai întâi aspecte care țin de alte domenii, cu importanță decisivă în ceea ce privește înțelegerea condiției umane. Credem că modul în care avortul este reglementat reprezintă un instrument care arată dacă un anumit stat a înțeles să acorde prioritate găsirii unui echilibru în materie de avort. Însă găsirea unui echilibru în privința avortului nu înseamnă nici pe departe faptul că trebuie doar să se asigure un regim permisiv al avortului. Deși suntem de părere că permiterea avortului este un prim pas spre găsirea unei soluții eficiente, această toleranță legislativă trebuie dublată de un efort susținut, prin care să se asigure faptul că avortul nu este doar o metodă alternativă de contracepție. Avortul trebuie să rămână o măsură de rezervă, care să se aplice doar atunci când nu există o altă soluție. În principiu, accentul trebuie să cadă pe educarea cetățenilor, astfel încât să fie prevenite sarcinile nedorite. Însă atunci când, totuși, apare o sarcină nedorită, femeia însărcinată trebuie să aibă acces la realizarea avortului, atunci când acesta este legal, iar pentru acest scop trebuie luate toate măsurile necesare. Iar dacă avortul nu este legal, suntem de părere că ar trebui să fie legalizat, deoarece, într-o anumită măsură, legalizarea avortului reprezintă o dovadă de maturitate legislativă și de înțelegere a necesităților concrete generate de relațiile interumane.

CLASIFICAREA TRATATELOR ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ: O FALSĂ PROBLEMĂ?

Lector univ. dr. Ion GÂLEA*
Facultatea de Drept
Universitatea din București

§ Treaties classification within the Romanian legislation: a false problem?

Abstract

The Romanian law on treaties, Law no. 590/2003, establishes a classification between treaties „at State level, at governmental level and at ministerial level”. The classification may have its origin in the provisions of the Romanian constitution, that establishes, in article 91 (1), that the President concludes treaties „on behalf of Romania”, while the subsequent phrase refers to „other treaties”. This study proposes to clarify the criterion and the relevance of this classification. In practice, it may appear that the criterion for the classification is the „parties to the treaty”, or the „subject that concludes the treaty”. These elements may, indeed, generate difficulties: for example, can the argument that „a treaty on governmental level does not bind the judicial authority” be raised?

The classification is not specific only to Romania. Naturally, it results from international practice of concluding treaties. This study attempts to argue that, notwithstanding the „level of the treaty”, the obligations are binding the State, as subject of international law. Consequently, the classification bears no relevance in international law. The study argues that this classification is relevant only for domestic law, as, based on the criterion of the „level of the treaty”, different procedures may apply.

Keywords: *treaties, classification, international obligations, procedure of conclusion, parties to the treaty.*

1. Introducere

Legea română privind tratatele, Legea nr. 590/2003¹⁾, prevede o clasificare între „tratatele la nivel de stat, tratatele la nivel de guvern și tratatele la nivel

* Acest proiect a fost finanțat printr-un grant al Consiliului Național al Cercetării Științifice din România, CNCS-UEFISCDI, proiect nr. PN-II-RU-TE-2012-3-0355.

¹⁾ Publicată în M. Of. nr. 23 din 12 ianuarie 2004.

departamental”. Această clasificare reflectă practica internațională și, în numeroase cazuri, practica instituțională română ține cont de această clasificare. Nu de puține ori, această clasificare poate genera dificultăți. Nu se cunoaște cu exactitate care este criteriul în conformitate cu care este operată clasificarea. Este vorba despre „autoritatea care încheie tratatul”, „părțile la tratat” sau „subiectul care încheie tratatul”?

Oferim un exemplu ipotetic, ce ar putea comporta aspecte concrete importante: recent, ar fi apărut chestiunea (sau necesitatea) încheierii unui tratat între România și Malaiezia referitor la cooperarea judiciară în materie penală, în sens larg putând fi cuprinse și noțiuni precum extrădarea sau transferul persoanelor condamnate. Documentul ar fi fost important pentru România, din perspectiva potențialității ca cetățenii români să fie supuși unor proceduri penale în statul partener, referitoare la infracțiuni legate de traficul de stupefiante. Vom asuma că partea malaieziană insistă pentru încheierea tratatului „la nivel de guvern”, din cauza constrângerilor legale sau constituționale din acest stat. Este posibil acest lucru? Poate fi ridicat argumentul în conformitate cu care „dacă tratatul ar fi la nivel de guvern, nu ar obliga puterea judecătorească și ar afecta separația puterilor în stat”? Se poate susține că „un tratat privind cooperarea judiciară în materie penală poate fi încheiat numai la nivel de stat, pentru că reglementează aspecte ce țin de puterea judecătorească”?

Se observă că o divergență de puncte de vedere cu privire la „nivelul de stat sau de guvern” la care s-ar încheia un astfel de tratat ar putea duce la un „blocaj în negociere”, din cauza pozițiilor „ireconciliabile” cu privire la nivelul tratatului. În opinia noastră, o astfel de situație ar fi inadmisibilă, dacă nu chiar absurdă. Este un exemplu concret care atrage atenția asupra necesității înțelegerii corecte a clasificării și a consecințelor acesteia.

Un alt exemplu poate fi situația în care s-ar susține că „un tratat la nivel de guvern nu obligă puterea legislativă”, motiv pentru care „ar putea fi lipsit de efecte printr-o lege contrară”. Ar putea fi primit un astfel de argument? În opinia noastră, acceptarea susținerii de mai sus ar însemna însăși negarea caracterului obligatoriu al tratatelor, afectarea principiului pacta sunt servanda, considerat un principiu fundamental atât în materia dreptului tratatelor, cât și în materia oricăror obligații internaționale²⁾.

Asigurarea unui efect cât mai deplin al tratatelor în dreptul intern este o componentă esențială a statului de drept la nivel internațional³⁾. Practica statelor, inclusiv practica României, oferă o gamă variată de tratate, la „diferite niveluri”. Aplicarea corectă a tratatelor în dreptul intern este cu atât mai importantă, cu cât dreptul intern este cel care „dă viață” tratatelor internaționale, în condițiile în care, după cum este cunoscut, jurisdicția internațională este facultativă. Astfel, este mai probabil ca o instanță internă să se confrunte cu interpretarea sau aplicarea unui tratat, decât ca această problemă de drept să ajungă în fața unei instanțe

²⁾ Proiectul de articole al Comisiei de Drept Internațional cu privire la dreptul tratatelor (1966), cu comentarii, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 211, par. (1); Cazul privind Testele Nucleare (Noua Zeelandă c. Franței), ICJ Reports, 1974, p. 473, par. 49.

³⁾ A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2012, p. 6.

internaționale. Tocmai de aceea credem că discutarea și înțelegerea concretă a clasificării tratatelor în cele trei categorii, „la nivel de stat, la nivel de guvern și la nivel departamental”, reprezintă o componentă esențială a demersurilor juridice legate de aplicarea tratatelor în dreptul intern.

Prezentul studiu își propune să discute această problemă, să analizeze originile clasificării, posibilele criterii și consecințele acesteia. Studiul încearcă să argumenteze că indiferent de „nivelul tratatului”, acesta creează obligații pentru stat, ca subiect de drept internațional. Pentru acest motiv, nu ar trebui să existe o diferență de efect juridic în dreptul intern între diferitele „categorii de tratate”. Studiul își propune, de asemenea, să susțină că relevanța clasificării în dreptul internațional general este nulă: clasificarea fiind relevantă strict în ceea ce privește procedurile interne legate de aprobarea negocierii, semnării și exprimarea consimțământului cu privire la tratat.

Ne propunem să examinăm, într-o primă secțiune consacrarea clasificării, urmărind reglementarea română, precum și „originile” acesteia în practica internațională. De asemenea, într-o a doua secțiune, vom propune identificarea criteriului aplicabil acestei clasificări, iar într-o a treia secțiune vom analiza consecințele juridice ale clasificării.

2. Consacrarea clasificării

2.1. Reglementare

Situația că, în practică, tratatele se intitulează „Tratat între România și Republica X” sau „Acord între Guvernul României și Guvernul Regatului Y” sau „Acord între Ministerul Economiei din România și Ministerul Economiei din Statul Z” este o realitate obiectivă. Această practică nu este în niciun caz creația României, ea fiind expresia concretă a relațiilor internaționale contemporane. În afară de redactarea diferită a titlurilor, formularea diferită se întâlnește în preambul și în formula care însoțește semnăturile reprezentanților părților. Prezintă aceste elemente consecințe juridice? În România, realitatea este că această *practică a statelor* a generat o *reglementare la nivel intern*.

O primă clasificare o regăsim în „prima lege privind tratatele” de după 1989, Legea 4/1991⁴⁾. Credem că invocarea acestei legi este importantă, pentru că ea a fost *anterioară* Constituției din 1991, și credem că a servit drept „sursă de inspirație” pentru formularea articolului 91 din Constituție.

Legea nr. 4/1991 avea caracter concis, putând fi apreciată drept „relativ sumară”⁵⁾. Realiza distincția între tratatele la nivel de stat, numite „în numele României” și tratatele la nivel de guvern, respectiv departamental. Astfel, articolul 1 prevedea că „*Președintele României reprezintă statul român în relațiile internaționale și, în acest*

⁴⁾ Legea nr. 4/1991 privind încheierea și ratificarea tratatelor, publicată în M. Of. nr. 5 din 12 ianuarie 1991; Legea nr. 4/1991 a fost abrogată expres prin Legea nr. 590/2003 privind tratatele.

⁵⁾ I. Păunescu, *Comentariu asupra proiectului legii privind tratatele*, Revista Română de Drept Internațional nr. I (X-XII) (2003), p. 308.

scop, încheie tratate în numele României sau poate da împuterniciri, în acest scop [...]”, iar articolul 2 dispunea „Guvernul poate negocia și semna acorduri, convenții și alte înțelegeri la nivel guvernamental. El aprobă încheierea de acorduri, convenții și alte înțelegeri la nivel departamental”.

Articolul 91 alin. (1) din Constituția României a preluat această distincție, stipulând că „Președintele încheie tratatele internaționale în numele României, negociate de Guvern, și le supune spre ratificare Parlamentului, într-un termen rezonabil. Celelalte tratate și acorduri internaționale se încheie, se aprobă sau se ratifică potrivit procedurii stabilite de lege”. Se observă că textul constituțional face referire în antiteză, în cele două teze ale articolului 91 alin. (1), la tratatele „în numele României”, prin raportare la „celelalte tratate și acorduri”. Apreciem că aceasta reprezintă sursa constituțională a clasificării tratatelor, care este detaliată ulterior la nivelul legii. Considerăm, totodată, că tot din norma constituțională din articolul 91 alin. (1) rezultă și obligația ratificării tratatelor la nivel de stat („în numele României”).

Clasificarea apare detaliată în Legea nr. 590/2003 privind tratatele. Capitolul I al legii se intitulează „Definiții și tipuri de tratate”. Tratatul este definit, conform art. 1 lit. a) ca „actul juridic, indiferent de denumire sau de formă, care consemnează în scris un acord la nivel de stat, la nivel guvernamental sau la nivel departamental, având scopul de a crea, de a modifica ori de a stinge drepturi și obligații juridice sau de altă natură, guvernate de dreptul internațional public și consemnat într-un instrument unic ori în două sau în mai multe instrumente conexe” (s.n.). Detalierea clasificării se regăsește în articolul 2 (care face parte din secțiunea intitulată „Categoriile de tratate”, „România, Guvernul României, precum și ministerele și alte autorități ale administrației publice centrale, pentru care această atribuție este expres prevăzută de legislația în vigoare, pot încheia tratate la nivel de stat, tratate la nivel guvernamental, respectiv tratate la nivel departamental”).

Clasificarea nu specifică expres care este criteriul după care operează. Aparent, acesta s-ar deduce din articolul 2, respectiv „dacă tratatul este încheiat de România, Guvernul României sau de un minister sau o autoritate publică centrală”. Apreciem că este un „punct de plecare util”, în special în vederea studierii evoluției istorice. Totuși, este necesară însă clarificarea suplimentară a criteriului, în condițiile în care consecințele clasificării privesc aplicarea diferitelor proceduri în cazul aprobării negocierii, semnării sau exprimării consimțământului⁶⁾. În același timp, ar fi necesar să identificăm dacă un posibil criteriu ar fi aplicabil și în dreptul internațional.

2.2. Originile

În evoluția istorică a dreptului internațional, tratatele erau încheiate între monarhi (nu „între state”). Pacea westfalică din 1648, considerată momentul de început al dreptului internațional clasic, oferă o imagine a practicii epocii - nominalizarea șefilor de stat. În formula introductivă a Tratatului de la Münster apare, spre exemplu „Mărețul Prinț, Filip al patrulea după nume, Rege al Spaniei [enumerarea titlurilor], pe de o parte și, Înălții, Măreții Conducători ai Statelor

⁶⁾ Articolele 3, 13, 19 și 20 din Legea nr. 590/2003.

Generale ale Țărilor de Jos Unite”⁷⁾ (observăm, în cazul Țărilor de Jos, nominalizarea instituției care reprezenta „șeful de stat”). Practica nominalizării *șefilor de state*, și nu a statelor, a continuat până în epoca contemporană, exemplele cele mai elocvente în acest sens fiind tratatele constitutive ale Uniunii Europene.

În secolul al XIX-lea se observă o dublă tendință. În primul rând, statele care nu au formă de guvernământ monarhia utilizează în titlu, preambul și textul tratatului denumirea oficială a statului. Un exemplu este Tratatul dintre Statele Unite și Rusia din 1867 privind Alaska⁸⁾, care menționează: „*Statele Unite ale Americii și Majestatea Sa Împăratul întregii Rusii, în dorința de a întări, în măsura posibilului, buna înțelegere care există între ele au numit, pentru scopurile acestea, plenipotențiarilor: Președintele Statelor Unite pe William H. Seward, secretar de stat; Majestatea Sa Împăratul întregii Rusii pe Consilierul Edward de Stoeckl, trimis extraordinar și ministru plenipotențiar în Statele Unite*”⁹⁾. Textul care „opune” din punct de vedere formal „monarhul” unui stat, apare și în articolul 1: „*Majestatea Sa Împăratul întregii Rusii este de acord să cedeze Statelor Unite, prin prezenta convenție, teritoriul [...]*”. În al doilea rând, apare practica invocării „guvernelor” în formularea textului tratatelor. Un exemplu ar putea fi tratatul dintre Marea Britanie și Germania referitor la frontierele din Africa de Vest, din 1890¹⁰⁾: „*Subsemnații, [numele delegaților], au ajuns la următorul acord, în numele guvernelor lor, după deliberarea asupra problemelor pertinente legate de interesele coloniale ale Germaniei și Marii Britanii*”¹¹⁾. Pe fond, tratatul reglementează frontierele între „sferele de influență” ale celor două state în Africa.

În secolul al XX-lea, numărul tratatelor pentru care, în formula introductivă, apare desemnat „guvernul” unei părți crește în mod semnificativ. De exemplu, Acordul dintre Marea Britanie și Rusia privind Persia, din 1907, prevede, în formula sa de început „*Guvernele Marii Britanii și Rusiei, având în vedere angajamentul reciproc de a respecta integritatea și independența Persiei [...]* au convenit următorii termeni”¹²⁾.

În prezent, practica încheierii tratatelor „în numele statului” sau „în numele guvernului” este largă. Ne propunem în continuare să discutăm criteriile care ar sta la baza alegerii unui anumit „nivel” în încheierea tratatului.

⁷⁾ C. Smit, *Het Vredesverdrag van Münster, 30 Januari 1648*, (Leiden, 1949), tradus în limba engleză de H.H. Rowen, (ed.), *The Low Countries in Early Modern Times: A Documentary History*, New York, 1972, p. 179-187.

⁸⁾ *Treaty concerning the Cession of the Russian Possessions in North America by his Majesty the Emperor of all the Russians to the United States of America; concluded March 30, 1867*, sursa: Yale Law School, the Avalon Project, http://avalon.law.yale.edu/19th_century/treatywi.asp. (accesat 6 martie 2015).

⁹⁾ *Ibidem*.

¹⁰⁾ Tratatul a fost invocate în cazul *Insula Kasikili/Sedudu (Namibia/Botswana)*, ICJ Reports, 1999, p. 1045.

¹¹⁾ „Tratatul Heligoland-Zanzibar”: sursa Das Staatsarchiv, Sammlung der offiziellen Aktenstücke zur Geschichte der Gegenwart, Leipzig, Verlag von Duncker&Humblot, 1891, vol. 51, p. 151.

¹²⁾ Great Britain, Parliamentary Papers, London, 1908, Vol CXXV, Cmd. 3750, citat în Law School, the Avalon Project, http://avalon.law.yale.edu/20th_century/angrusen.asp (accesat 6 martie 2015).

3. Identificarea criteriului clasificării

3.1. Autoritatea care încheie tratatul

În dreptul internațional, nu se poate pune problema ca un tratat să oblige alt subiect de drept internațional decât statul. În lucrările Comisiei de Drept Internațional care au precedat Conferința de la Viena privind dreptul tratatelor din 1968-1969, distincția între tratate la nivel de stat și tratatele la nivel de guvern sau departamental nu apare: tratatele apar definite în lucrările tuturor raportorilor ca „acorduri între state” (sau între state și organizații internaționale)¹³⁾. Definiția reținută în final de articolul 2 alin. (1) lit. a) al Convenției de la Viena privind dreptul tratatelor din 1969 este în același sens: singurul subiect de drept internațional menționat este statul.

Convenția de la Viena oferă anumite repere în ceea ce privește persoanele care pot angaja statul prin tratate. Astfel, indiferent de constrângerile constituționale interne, dreptul internațional prezumă faptul că „sunt considerați a reprezenta statul lor, fără a fi obligați să prezinte depline puteri”: șeful de stat, șeful de guvern și ministrul afacerilor externe¹⁴⁾. Ceea ce este important de subliniat este că aceste persoane sunt prezumate a nu avea nevoie de depline puteri pentru îndeplinirea oricărui act în legătură cu tratatul - inclusiv exprimarea consimțământului sau emiterea unui instrument de ratificare, aprobare sau acceptare¹⁵⁾.

În aceste condiții, în practică, tratatele sunt încheiate în numele statului de guverne sau de departamente din cadrul guvernelor în competența cărora revine obiectul tratatului¹⁶⁾. În cazul în care competența internă de încheiere a unui tratat este delegată unui alt oficial guvernamental, exprimarea consimțământului va trebui confirmată de semnătura uneia dintre cele trei persoane¹⁷⁾.

Totuși, autoritatea care „încheie” tratatul, în practică, nu este cea care îl „semnează”. Un tratat „la nivel de stat” foarte rar este semnat de însuși șeful de

¹³⁾ Raport al Raportorului Special J.L. Brierly, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, p. 223; Raport al Raportorului Special Sir Hersch Lauterpacht, doc. A/CN.4/63, Yearbook of the International Law Commission, 1953, vol. II, p. 90; Raport al Raportorului Special Sir Gerald Fitzmaurice, doc. A/CN.4/101, Yearbook of the International Law Commission, 1956, vol. II, p. 107; Raportul Raportorului Special Humphrey Waldock, 1965, Doc. A/CN.4/177, Add 1 and 2, Yearbook of the International Law Commission, 1965, vol. II, p. 12.

¹⁴⁾ Articolul 7 (2) din Convenția de la Viena din 1969 privind dreptul tratatelor între state.

¹⁵⁾ A. Aust numește cele trei autorități „the Big Three”, *Modern Treaty Law and Practice*, Oxford University Press, 2009, p. 78; M.E. Villinger, *op. cit.*, p. 142; Primul raport al Raportorului Special H. Waldock, doc. A/CN.4/144 and Add. 1, *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, vol. II, p. 38 - menționează faptul că cele trei autorități au capacitatea *ex officio* de a îndeplini orice act cu privire la un tratat; în jurisprudența internațională, prezumția a fost confirmată în *Frontiera terestră și maritimă între Camerun și Nigeria*, ICJ Reports, 2002, p. 123, par. 258; *Aplicarea Convenției privind genocidul (Bosnia/Serbia)*, *Obiecții preliminare*, ICJ Reports 1996, p. 622, par. 44; *Delimitarea maritimă și teritorială Qatar c. Bahrain*, ICJ Reports, 1994, p. 121, par. 23-27.

¹⁶⁾ V. Lowe, *International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 66.

¹⁷⁾ A se vedea, spre exemplu, *Summary of Practice of the Secretary-General*, p. 31, par. 101.

stat¹⁸⁾. În practică, în marea majoritate a cazurilor, și tratatele „la nivel de stat” și cele „la nivel de guvern” sunt semnate de un ministru. Doar în cazul instrumentelor de ratificare, acestea se semnează de șeful de stat (tratatele care se ratifică sau se aprobă, fără ca textul lor să impună emiterea unui instrument de ratificare, fac obiectul comunicării îndeplinirii procedurilor interne privind intrarea în vigoare prin notă diplomatică). În aceste condiții, este o falsă impresie că tratatele la nivel de stat ar fi „încheiate” de Președinte, tratatele la nivel de guvern ar fi „încheiate” de prim-ministru, iar cele la nivel departamental de un ministru. Este adevărat că dreptul intern, în România, impune obținerea unor aprobări în vederea negocierii și semnării (în cazul tratatelor la nivel de stat - la nivelul Președintelui, iar în cazul tratatelor la nivel guvernamental și departamental - la nivelul guvernului), dar *cerința este prevăzută de dreptul intern, nu de dreptul internațional*. În cazul tuturor tratatelor, deplinele puteri se emit de Ministerul Afacerilor Externe¹⁹⁾. Prin urmare, nu putem concluziona că un criteriu corect ar fi „autoritatea care încheie tratatul”.

Prin urmare, când reprezentanții părții române încep negocierea unui tratat într-un anumit domeniu, cum vor ști căreia autorități (președinte sau guvern) să solicite aprobarea negocierii și, ulterior, semnării? Regula „aprobării semnării de către președinte, respectiv guvern” *nu este un criteriu de identificare a tratatului*, ci o consecință a clasificării. După ce se stabilește că tratatul va fi la nivel de stat sau de guvern, se va solicita aprobarea semnării din partea unei anumite autorități.

3.2. Domeniul de reglementare

Idea pe care o susținem este că un tratat în orice domeniu poate fi încheiat „la orice nivel”. De exemplu, regimul frontierei de stat poate fi reglementat prin tratate la nivel de stat (de exemplu, Tratatul între România și Ucraina semnat la Cernăuți, la 17 iunie 2003²⁰⁾) sau tratate la nivel de guvern (Convenția între Guvernul României și Guvernul Republicii Serbia semnată la București la 4 septembrie 2007²¹⁾). În cazul *Delimitarea maritimă la Marea Neagră (România/Ucraina)* putem identifica un document intitulat *Proces-verbal privind descrierea frontierei de stat*, semnat între împuterniciții de frontieră ai României și Uniunii Sovietice la 27 septembrie 1949²²⁾

¹⁸⁾ În practica României, am putut identifica un număr foarte restrâns de exemple: Tratatul de aderare la Uniunea Europeană, Tratatul de la Lisabona, Tratatul privind relațiile prietenești și de cooperare dintre România și Federația Rusă, semnat la Moscova la 4 iulie 2003, ratificat prin Legea nr. 24/2004, publicată în M. Of. nr. 194 din 4 martie 2004; Tratatul între România și Ucraina privind regimul frontierei de stat româno-ucrainene, colaborarea și asistența mutuală în problemele de frontieră, semnat la Cernăuți, la 17 iunie 2003, intrat în vigoare la 27 mai 2004, ratificat prin Legea nr. 93/2004, publicat în M. Of. nr. 348 din 21 mai 2004.

¹⁹⁾ Articolul 17 din Legea nr. 590/2003 privind tratatele.

²⁰⁾ *Supra*, nota 19.

²¹⁾ Convenția între Guvernul României și Guvernul Republicii Serbia privind reconstituirea, întreținerea și marcarea liniei de frontieră și semnelor de frontieră la frontiera de stat comună, semnată la București la 4 septembrie 2007, ratificată prin Legea nr. 124/2009, publicată în M. Of. nr. 302 din 7 mai 2009.

²²⁾ *Delimitarea maritimă la Marea Neagră (România/Ucraina)*, ICJ Reports, 2009, p. 83, par. 57.

care poate fi calificat ca un acord la nivel departamental - relevanța acestuia pentru stabilirea regimului frontierei fiind indubitabilă. În domeniul colaborării economice, spre exemplu, un acord poate fi încheiat la nivel departamental (Acordul între Ministerul Economiei și Comerțului din România și Ministerul Economiei din Statele Unite Mexicane cu privire la relațiile economice bilaterale, semnat la Ciudad de Mexico, la 22 ianuarie 2007²³⁾) sau la nivel guvernamental (Acordul între Guvernul României și Consiliul de Miniștri al Albaniei cu privire la cooperarea economică, științifică și tehnică, semnat la Tirana la 23 noiembrie 2006²⁴⁾).

Domeniul cooperării militare oferă exemplul unor tratate încheiate la nivel departamental (este adevărat, care pun în aplicare alte tratate) care reglementează chestiuni din afara sferei competențelor Ministerului Apărării. Procedura încheierii acestor tratate este prevăzută de un act normativ diferit, Hotărârea Guvernului nr. 1374/2004²⁵⁾, act normativ pe care putem să îl criticăm la modul serios pentru motivul că instituie aceeași procedură pentru acte care reprezintă tratate²⁶⁾, cât și pentru acte care reprezintă documente de cooperare internațională fără caracter obligatoriu²⁷⁾. Astfel, pentru punerea în aplicare a Acordului dintre Statele Unite ale Americii și România privind activitățile forțelor armate ale Statelor Unite staționate pe teritoriul României, semnat la București la 31 octombrie 2007, și a *Acordul între România și Statele Unite ale Americii privind amplasarea sistemului de apărare împotriva rachetelor balistice al Statelor Unite în România* au fost încheiate mai multe „aranjamente de implementare la nivel departamental”, unele reglementând, printre variate chestiuni, proceduri vamale, proceduri penale, mediu, valuta și schimbul valutar, aspecte fiscale, servicii medicale²⁸⁾. În mod cert, aceste documente „la nivel departamental” sunt tratate care angajează statul ca subiect de drept internațional²⁹⁾. Indiferent de faptul că aceste documente sunt încheiate pentru *punerea în aplicare* a unui alt tratat, apreciem că simpla lor existență reprezintă o dovadă că printr-un tratat la orice nivel se poate reglementa orice aspect. Bineînțeles, în mod natural, ar fi dificil ca printr-un acord între ministerele justiției dintre două țări să se reglementeze probleme de agricultură (dar, după cum am văzut, prin aranjamentele între ministerele apărării din România și SUA s-au reglementat probleme penale, vamale, fiscale).

²³⁾ Publicat în M. Of. nr. 546 din 10 august 2007.

²⁴⁾ În România, aprobat prin H.G. nr. 347/2007, publicat în M. Of. nr. 276 din 25 aprilie 2007.

²⁵⁾ Hotărâre privind procedura de încheiere a înțelegerilor tehnice în domeniul cooperării cu forțele armate străine, publicată în M. Of. nr. 830 din septembrie 2004; Conform art. 44 din Legea nr. 590/2003, aceste categorii de acorduri sunt exceptate de la procedurile reglementate de lege.

²⁶⁾ Articolul 3 lit. a)-c).

²⁷⁾ Articolul 3 lit. d), e).

²⁸⁾ Textul complet al aranjamentelor de implementare este publicat în Ordinul nr. 1551/M.90 din 19 august 2004, al ministrului apărării naționale și ministrului afacerilor externe, privind publicarea textului unor înțelegeri tehnice în domeniul cooperării cu forțele armate ale Statelor Unite ale Americii, publicat în M. Of. nr. 756/2014.

²⁹⁾ B. Aurescu, *Acordul între România și Statele Unite ale Americii privind amplasarea sistemului de apărare împotriva rachetelor balistice al Statelor Unite în România - un comentariu (Partea a II-a)*, Revista Română de Drept Internațional nr. 14-15 (2012), p. 167.

Un argument în plus pentru afirmația „un anumit domeniu poate fi reglementat printr-un tratat la orice nivel” este faptul că articolul 19 lit. b)-h) din Legea nr. 590/2003 impune obligativitatea ratificării tratatelor la nivel guvernamental în anumite domenii. Aceasta dovedește că domeniul respectiv ar fi putut, la fel de bine, să fie reglementat și printr-un tratat la nivel de stat.

Cine alege, atunci, nivelul unui tratat? Nivelul este ales de negociatorii celor două state, în funcție de circumstanțe, relația cu alte tratate, relațiile politice dintre state, importanța pe care doresc să o confere tratatului³⁰⁾. În relația dintre un stat și o organizație internațională, alegerea aparține exclusiv negociatorilor părții „stat”: de exemplu, Memorandumul de înțelegere dintre Guvernul României și Consiliul Europei privind Oficiul Consiliului Europei în domeniul criminalității informatice din București și statutul juridic al acestuia, semnat la București la 15 octombrie 2013³¹⁾ ar fi putut fi încheiat și la nivel de stat - alegerea „nivelului de guvern” a aparținut exclusiv negociatorilor părții române.

3.3. Adevăratul criteriu: forma

După cum am argumentat, nici autoritatea care încheie tratatul, nici domeniul de reglementare, nu reprezintă un criteriu pentru a stabili dacă tratatul este „la nivel de stat, la nivel de guvern sau la nivel departamental”.

În aceste condiții, pe baza practicii, putem să identificăm adevăratul criteriu ca fiind *forma* tratatului. Prin „formă” înțelegem modul de redactare a titlului, preambulului și clauzelor de semnătură. Astfel, un tratat la nivel de stat va avea ca titlu „Tratat/Convenție/Acord între România și Republica X privind ...”, preambulul va începe cu „România și Republica X, denumite în continuare Părțile Contractante ...”, iar formula de semnătură va menționa „Pentru România” și „Pentru Republica X”³²⁾. Un tratat la nivel guvernamental va avea ca titlu „Tratat/Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii X privind ...”, preambulul va începe cu „Guvernul României și Guvernul Republicii X, denumite în continuare Părți...”, iar formula de semnătură va menționa „Pentru Guvernul României” și „Pentru Guvernul Republicii X”³³⁾. În mod similar, un tratat la nivel departamental va indica un minister sau o altă autoritate, atât în titlu, cât și în debutul preambulului și la formula de semnătură³⁴⁾.

Un argument în susținerea ideii că adevăratul criteriu este „forma” îl întâlnim și în reglementarea administrativă franceză. Astfel, practica franceză „distinge între

³⁰⁾ În administrația franceză, acest fapt este menționat expres, *Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux*, Journal Officiel de la République française, no. 0125 du 31 mai 1997 page 8415, par. 4 (în continuare „Circulaire du 30 mai 1997”).

³¹⁾ Ratificat prin Legea nr. 33/2014, publicat în M. Of. nr. 234 din 2 aprilie 2014.

³²⁾ Exemplu: Convenția consulară între România și Germania, semnată la Tbilisi la 1 iulie 1998, ratificată prin Legea nr. 58/1999, publicată în M. Of. nr. 174 din 23 aprilie 1999.

³³⁾ Exemplu: Acordul dintre Guvernul României și Guvernul Republicii Portugheze privind cooperarea economică, industrială și tehnico-științifică, semnat la Lisabona la 27 martie 1997, aprobat prin H.G. nr. 376/1997, publicat în M. Of. nr. 168 din 24 iulie 1997.

³⁴⁾ Exemplu, Acordul de cooperare între Ministerul Justiției din România și Ministerul Justiției din Republica Socialistă Vietnam, semnat la București la 15 martie 2013.

acordurile în formă solemnă - desemnate de articolul 52 din Constituție ca «tratate» încheiate în numele șefului de stat, și acordurile în formă simplificată, încheiate la nivelul guvernelor» (s.n.)³⁵⁾. Președintele republicii semnează deplinele puteri pentru tratatele în formă solemnă, care sunt supuse ratificării, iar ministrul de externe semnează deplinele puteri și instrumentele de aprobare pentru tratatele la nivel guvernamental. Ceea ce se subliniază în circulara adresată de prim-ministrul francez este că „Valoarea lor juridică este identică în ceea ce privește dreptul internațional, precum și dreptul intern”³⁶⁾. Circulara administrativă franceză mai precizează că „alegerea *forme*i solemne se face în funcție de precedente, de necesitatea ca statul străin să adopte această formă din motive de drept intern sau de considerații politice care conduc la conferirea unei mai mari solemnități aceluia angajament” (s.n.)³⁷⁾.

În practica administrativă britanică, clasificarea între tratatele la nivel de stat și cele la nivel de guvern sau departamental nu există³⁸⁾. Procedurile interne fac referire doar la tratate între state sau între state sau organizații internaționale. Cu toate acestea, în mod indubitabil Marea Britanie este parte la documente care individualizează în titlu „nivelul de stat” sau „nivelul de guvern” - însă, după cum rezultă din practica administrativă, nu se face nicio deosebire între aceste tratate³⁹⁾. În Statele Unite, există distincția între „treaties” și „executive agreements” (denumirea folosită în administrație fiind „international agreements other than treaties”) însă diferența dintre cele două nu ține de individualizarea „statului” sau „guvernului” în forma documentului, ci de competența președintelui SUA de a încheia actul internațional: fie cu avizul și consimțământul Senatului (în cazul „treaties”), fie în baza unei alt teme constituțional (un alt tratat, legea sau competențele proprii ale președintelui - în cazul „international agreements other than treaties”)⁴⁰⁾.

Ceea ce constatăm este că alte administrații fie nu cunosc această clasificare, în funcție de „nivelul tratatului”, fie folosesc alte clasificări - subliniem, clasificări de drept constituțional (evident, conform dreptului internațional, „international agreements other than treaties” din dreptul american, sunt „tratate” conform articolului 2 alin. (1) lit. a) din Convenția de la Viena din 1969 privind dreptul tratatelor). În consecință, clasificarea tratatelor în funcție de „nivel” apare o clasificare *de drept constituțional și administrativ român*, care poate avea drept criteriu un criteriu formal: modul de redactare a titlului, preambulului și formulei de semnătură.

³⁵⁾ Circulaire du 30 mai 1997, par. 2.

³⁶⁾ *Ibidem*.

³⁷⁾ *Ibidem*, par. 4.

³⁸⁾ *Treaties and Memoranda of Understanding, Guidance on Practice and Procedures, Treaty Section, Legal Directorate, Foreign and Commonwealth Office, Second Edition, Updated March 2014.*

³⁹⁾ *Ibidem*, secțiunea 1.

⁴⁰⁾ *U.S. Department of State Foreign Affairs Manual Volume 11 - Political Affairs, 11 FAM 723.1, 723.2.*

4. Consecințele clasificării

4.1. Relevanța în dreptul internațional

Vom argumenta că relevanța în dreptul internațional al clasificării tratatelor în tratate în funcție de „nivelul acestora” este nulă. Subiect de drept internațional este doar statul, prin urmare, indiferent de „nivelul” încheierii tratatului, acesta creează obligații pentru stat, ca subiect de drept internațional⁴¹⁾. Autorul britanic Anthony Aust arată că „nu există nicio diferență în dreptul internațional între tratatele încheiate în numele statului și cele încheiate în numele guvernelor, ministerelor sau agențiilor, pentru că un tratat încheiat de guvern, minister sau agenție obligă statul”⁴²⁾. Faptul că figurează ca „părți” statele, guvernele sau ministerele este doar un element de formă: subiectul de drept internațional obligat este întotdeauna statul. Așa cum menționam mai sus, Circulara aplicabilă în Franța prevede expres că „Valoarea lor (a tratatelor solemne și a celor în formă simplificată, la nivel de guvern) juridică este identică în ceea ce privește dreptul internațional”⁴³⁾.

Relevanța clasificării este nulă în dreptul internațional, printre altele, pentru motivul că dreptul internațional *nu cunoaște această clasificare*. Ea nu se întâlnește nici în Convenția de la Viena privind dreptul tratatelor, nici în lucrările Comisiei de Drept Internațional care au precedat această Convenție. Nu putem considera, de asemenea, că „guvernele” sau „ministerele” sunt subiecte de drept internațional. În consecință, nu putem fi de acord în niciun mod cu ideea că acordurile la nivel de guvern sau departamental angajează doar guvernul sau departamentul în cauză⁴⁴⁾.

Un argument în acest sens poate fi documentul intitulat „Minută”, încheiat de ministrii afacerilor externe (deci l-am putea califica „la nivel departamental”, în condițiile în care, ca formă, documentul se rezuma la reflectarea unor discuții), care a făcut obiectul cazului *Delimitarea maritimă și teritorială Qatar c. Bahrain*⁴⁵⁾. Bahrain a invocat, ca argument, faptul că, în conformitate cu constituția națională, tratatele privind teritoriul de stat devin valabile numai după adoptarea unei legi⁴⁶⁾. Curtea a respins argumentul, reținând doar că unele dintre prevederile Minutei erau „de imediată aplicare” și că aceasta reprezintă un acord internațional care obligă statele. Un alt caz din jurisprudența Curții Internaționale de Justiție care poate fi invocat este *Platoul continental al Mării Egee (Grecia/Turcia)*⁴⁷⁾, în care guvernul

⁴¹⁾ Corten, P. Klein (ed.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, vol. I, p. 84; M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, 2009, p. 80.

⁴²⁾ A. Aust, *Modern Law and Treaty Practice*, p. 58; Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Longman, London, 1967, p. 346-348.

⁴³⁾ Circulaire du 30 mai 1997, par. 2.

⁴⁴⁾ Nu suntem de acord nici cu practica utilizării, în tratatele la nivel de guvern, a unor formule de tipul „teritoriilor statelor părților contractante” sau „legislațiile statelor părților contractante”, pentru motivul că guvernele nu ar avea teritoriu sau legislație, ci statele. Este, în opinia noastră, o practică ce denotă un formalism exagerat.

⁴⁵⁾ ICJ Reports, 1994, p. 112.

⁴⁶⁾ *Ibidem*, par. 26.

⁴⁷⁾ ICJ Reports, 1978, p. 4.

grec și cel turc emisese un „Comunicat comun”, care nu era nici măcar semnat sau apostilat. Curtea a decis că nimic nu împiedică un astfel de comunicat comun să fie un acord internațional, chiar dacă Turcia invocase lipsa ratificării. Forma nu contează - ceea ce contează este natura tranzacției, care rezultă din termeni și circumstanțele încheierii⁴⁸⁾.

Un alt argument este că, în dreptul internațional, forma tratatului nu prezintă importanță. Toate tratatele sunt „egale” ca forță juridică, nu există o „ierarhie” în funcție de nivelul tratatelor. Modificarea sau încetarea unui tratat prin acordul părților poate avea loc printr-un tratat care ia orice formă. La momentul elaborării Convenției de la Viena privind dreptul tratatelor din 1969, Comisia de Drept Internațional a argumentat că „dreptul internațional nu acceptă teoria actului contrar⁴⁹⁾”. Comisia de Drept Internațional argumentează că teoria reflectă abordarea de drept constituțional a unor state: aceste state pot limita în plan intern modul în care se poate exprima consimțământul pentru modificarea (sau încetarea) unui tratat. În dreptul internațional, statele *au libertatea deplină* de a alege forma în care se poate exprima acordul pentru modificare: acesta poate lua chiar și forma orală sau tacită (rezultată din practica statelor care confirmă acordul de voință)⁵⁰⁾. Astfel, nimic nu împiedică modificarea sau scoaterea din vigoare a unui tratat la nivel de stat printr-un tratat la nivel de guvern.

Ideea că un tratat la nivel de guvern obligă întotdeauna statul a fost reținută și în comentariul Legii nr. 590/2003, elaborat la scurt timp după adoptarea acesteia: „conform dreptului internațional public, statele sunt cele care au personalitate de drept internațional public și, în consecință, capacitatea de a încheia tratate”. Explicația dată clasificării ține, așa cum apreciam mai sus, de dreptul intern: „Cu toate acestea, la nivel național, competența statului de a încheia tratate poate fi delegată organelor sale (guvern, ministere sau instituții)”⁵¹⁾.

4.2. Consecințele în dreptul intern

Consecințele clasificării în dreptul intern sunt reprezentate de aplicarea de proceduri diferite pentru: aprobarea negocierii, aprobarea semnării și exprimarea consimțământului. Odată stabilit „nivelul” tratatului - așa cum arătam mai sus, „nivelul” se stabilește de negociatori, chiar în primele faze ale negocierii - se vor aplica următoarele reguli, prezentate în mod sintetic: pentru tratatele la nivel de stat, aprobarea negocierii și semnării se emite de Președinte, iar pentru tratatele la nivel guvernamental și departamental, aprobarea negocierii și semnării se emite de Guvern⁵²⁾; în ceea ce privește exprimarea consimțământului de către România, pentru tratatele la nivel de stat, exprimarea consimțământului se face prin ratificare⁵³⁾,

⁴⁸⁾ Ibidem, p. 39, par. 96; M. Fitzmaurice, O. Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Eleven International Publishing, 2005, p. 12.

⁴⁹⁾ *Ibidem*.

⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 233, par. 4.

⁵¹⁾ I. Păunescu, *loc. cit.*, p. 320-321.

⁵²⁾ Articolele 3 și 13 din Legea nr. 590/2003 privind tratatele.

⁵³⁾ Articolul 19 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 590/2003 privind tratatele.

iar pentru tratatele la nivel guvernamental și departamental, consimțământul se exprimă *de regulă* prin aprobare⁵⁴⁾.

Aceasta înseamnă că, prin alegerea „discreționară”, de către negociatori, a „nivelului” - adică a modului de formulare a titlului, preambulului și formulei de semnătură - se determină o procedură. De exemplu, dacă un Acord de cooperare culturală se încheie la nivel de stat⁵⁵⁾, aprobarea negocierii și semnării se va face de Președinte, iar acordul va fi ratificat de Parlament, în timp ce, dacă un acord în același domeniu - cooperare culturală - se încheie la nivel de guvern⁵⁶⁾, aprobarea negocierii și semnării se acordă numai de către Guvernul României, iar acordul este aprobat prin hotărâre a Guvernului. Deci, prin alegerea „discreționară” a formei, se alege, în fapt, dacă tratatul se ratifică de Parlament sau se aprobă de Guvern prin hotărâre.

Pentru a „remedia” deficiențele consecințelor acestei situații (opțiunea între ratificare și aprobare să depindă doar de „forma” tratatului, în condițiile în care substanța este aceeași), atât reglementarea anterioară (Legea nr. 4/1991), cât și reglementarea actuală (Legea nr. 590/2003) impun ca tratatele la nivel de guvern care reglementează *anumite domenii*, considerate mai importante, să fie supuse în mod obligatoriu exprimării consimțământului prin ratificare⁵⁷⁾. Prin urmare, domeniul de reglementare *nu impune ca tratatul să fie la nivel de stat*, ci impune ca, dacă negociatorii aleg nivelul guvernamental, tratatul să fie ratificat. Reglementarea este de „inspirație” franceză, însă Constituția Franței nu impune ca ratificarea să

⁵⁴⁾ Articolul 20 din Legea nr. 590/2003 privind tratatele.

⁵⁵⁾ De exemplu, Acordul de colaborare culturală între România și Spania, semnat la 25 ianuarie 1995, ratificat prin Legea nr. 108/1995, publicat în M. Of. nr. 273 din 23 noiembrie 1995.

⁵⁶⁾ De exemplu, Acordul de colaborare în domeniul relațiilor culturale între Guvernul României și Guvernul Regatului Thailandei, semnat la 31 ianuarie 1995, aprobat prin H.G. nr. 450/1995, publicat în M. Of. nr. 137 din 5 iulie 1995.

⁵⁷⁾ Legea nr. 4/1991 impunea ratificarea tratatelor la nivel de guvern în următoarele domenii, enumerate în articolul 4 : „[tratatele] care se referă la colaborarea politică și militară, cele care fac necesară adoptarea unei legi noi sau revizuirea legilor în vigoare, precum și cele care implică un angajament politic sau financiar ori se referă la probleme privind regimul politic și teritorial al statului sau la statutul persoanelor, drepturile și libertățile cetățenești sau participarea la organizații internaționale, precum și acelea care prevăd expres aceasta”; Legea nr. 590/2003 reglementează, în sens larg, aceleași domenii, prin enumerarea conținută la art. 19 alin. (1) lit. b)-h):

„b) tratatele la nivel guvernamental care se refera la cooperarea politica sau care implica angajamente cu caracter politic;

c) tratatele la nivel guvernamental care se referă la cooperarea cu caracter militar;

d) tratatele la nivel guvernamental care se referă la teritoriul de stat, inclusiv regimul juridic al frontierei de stat, precum și la zonele asupra cărora Romania exercită drepturi suverane și jurisdicție;

e) tratatele la nivel guvernamental care se referă la statutul persoanelor, drepturile și libertățile fundamentale ale omului;

f) tratatele la nivel guvernamental care se referă la participarea în calitate de membru la organizații internaționale interguvernamentale;

g) tratatele la nivel guvernamental care se referă la asumarea unui angajament financiar care ar impune sarcini suplimentare la bugetul de stat;

h) tratatele la nivel guvernamental ale căror dispoziții fac necesară, pentru aplicare, adoptarea unor noi dispoziții normative având forța juridică de lege ori a unor legi noi sau amendarea legilor în vigoare și cele care prevăd în mod expres cerința ratificării lor.”

se facă prin lege (instrumentul de ratificare este semnat de Președinte), ci impune ca tratatele în anumite domenii (enumerare la nivel constituțional - articolul 53 din Constituție), să fie ratificate sau aprobate „în temeiul unei legi”. Apreciem că reglementarea franceză este mai corectă, în sensul că „forma” (solemnă sau simplificată) este criteriu pentru ratificare sau aprobare, însă ambele modalități de exprimare a consimțământului *se realizează prin lege numai în domeniile exprimate de articolul 53 din Constituție*⁵⁸⁾.

Diferența rămâne la nivelul aprobării negocierii și semnării. Practic, chiar dacă nu pot „ocoli” ratificarea, prin alegerea nivelului guvernamental, negociatorii pot „ocoli” aprobarea Președintelui în vederea începerii negocierii și a semnării. Un exemplu concret ar fi Memorandumul de înțelegere dintre Guvernul României și Consiliul Europei privind Oficiul Consiliului Europei în domeniul criminalității informatice din București și statutul juridic al acestuia, semnat la București la 15 octombrie 2013⁵⁹⁾, în cazul căruia, așa cum am arătat, alegerea „nivelului” guvernamental a aparținut exclusiv negociatorilor părții române.

În reglementarea detaliată a Legii nr. 590/2003, alegerea dintre nivelul de stat, guvernamental sau departamental poate produce diferite consecințe juridice, printre cele mai importante figurând: i) numai tratatele la nivel guvernamental pot fi ratificate prin ordonanță de urgență⁶⁰⁾; ii) numai anumite tratate la nivel departamental și guvernamental (expres enumerate în lege) pot intra în vigoare la data semnării⁶¹⁾; iii) numai tratatele la nivel guvernamental (și care nu trebuie supuse ratificării) și cele la nivel departamental pot face obiectul aplicării provizorii⁶²⁾; iv) numai tratatele care nu trebuie ratificate (la nivel guvernamental sau departamental) pot face obiectul încheierii în formă simplificată prin schimb de note sau scrisori⁶³⁾.

O altă serie de consecințe se poate produce pe plan intern - chiar dacă nu dorim să intrăm în detaliu cu privire la dezbaterile acestora. Autori în domeniul dreptului constituțional român consideră că „numai” tratatele ratificate de Parlament fac parte din dreptul intern (printr-o interpretare strictă a articolului 11 din Constituție)⁶⁴⁾. Aceiași autori consideră că tratatele primesc în dreptul intern forța juridică a actului de exprimare a consimțământului⁶⁵⁾. Astfel, într-un domeniu care nu este enumerat în articolul 19 lit. b)-h) al Legii nr. 590/2003 privind tratatele, alegerea „discreționară” a nivelului tratatului ar determina o forță

⁵⁸⁾ Sunt enumerate: tratatele de pace, tratatele de comerț, tratatele și acordurile referitoare la organizațiile internaționale, cele care angajează finanțele statului, cele care modifică dispoziții de natură legislativă, cele referitoare la statutul persoanelor, cele care reglementează cesiune, schimb sau dobândire de teritorii;

⁵⁹⁾ *Supra*, nota 32.

⁶⁰⁾ Articolul 19 alin. (3);

⁶¹⁾ Articolul 26.

⁶²⁾ Articolul 27.

⁶³⁾ Articolul 29.

⁶⁴⁾ I. Muraru, S.-E. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. C.H. Beck, 2011, p. 32-33.

⁶⁵⁾ *Ibidem*.

juridică diferită în dreptul intern. Această situație generează, indubitabil dificultăți practice cu privire la aplicarea dreptului internațional în dreptul intern. Din punctul nostru de vedere, considerăm că toate tratatele fac parte din dreptul intern [în subsidiar, în cazul în care o interpretare extensivă a articolului 11 alin. (2) nu ar fi reținută, se poate avea în vedere temeiul „legal” al articolului 31 alin. (2) din Legea nr. 590/2003 privind tratatele], iar valoarea juridică a tratatelor, indiferent de nivel, ar trebui să fie superioară legii, ca expresie a principiului *pacta sunt servanda* în dreptul internațional - baza constituțională internă fiind articolul 11 alin. (1) din Constituția României. Nu ne propunem să elaborăm în prezentul studiu argumentele în acest sens, însă nu putem să nu sesizăm posibilele dificultăți⁶⁶⁾.

5. Concluzie

Clasificarea între tratatele la nivel de stat, la nivel de guvern sau la nivel departamental este o chestiune frecvent întâlnită în practica administrativă - atunci când se pune problema parcurgerii procedurilor de încheiere a tratatului sau atunci când apar aspecte legate de aplicarea tratatelor în dreptul intern. Pentru aceste motive, cunoașterea exactă a criteriului clasificării și a consecințelor acesteia apare importantă.

Deși Legea nr. 590/2003 privind tratatele ar putea crea aparența că această clasificare s-ar fundamenta pe criteriul „autorității care încheie tratatul” sau al domeniului de reglementare, în realitate criteriul pe baza căruia operăm clasificarea este unul formal - modul de redactare a titlului, preambulului și formulei de semnătură. Practica administrativă franceză recunoaște caracterul formal al criteriului de clasificare: forma solemnă (nivel de stat) și forma simplificată (nivelul guvernamental). Aprobarea negocierii și semnării tratatului de către o autoritate diferită (ceea ce creează aparența „autorității care încheie tratatul”) este o consecință a clasificării, nu un criteriu.

Ideea cea mai importantă pe care am încercat să o argumentăm este că în dreptul internațional această clasificare nu are nicio consecință, nicio relevanță. Toate tratatele, indiferent de „nivel”, obligă statul ca subiect de drept internațional. Nu există o „ierarhie” între tratatele la diferite „niveluri”, pentru că nu există o teorie a „simetriei formelor” sau „acte contrare” în dreptul internațional. Un tratat poate fi modificat în orice formă, inclusiv printr-un tratat în formă verbală sau printr-un acord tacit. Astfel, nimic nu împiedică modificarea unui tratat la nivel de stat, spre exemplu, printr-un tratat la nivel departamental sau guvernamental.

„Egalitatea” tratatelor din punctul de vedere al dreptului internațional ar trebui să se reflecte și prin egalitatea acestora în dreptul intern. Întrucât criteriul de operare a clasificării tratatelor în funcție de nivel este strict formal, nu s-ar justifica o valoare juridică diferită în dreptul intern pentru diferitele categorii de

⁶⁶⁾ Cu privire la detalierea argumentelor în sprijinul acestei idei - I. Gâlea, *Analiza critică a normelor Constituției României referitoare la relația dintre dreptul internațional și dreptul intern*, Analele Universității București, nr. 1/2009, p. 22-27; a se vedea și argumentele legate de articolul 31 din Legea nr. 590/2003 privind tratatele, I. Niță, B. Aurescu, *Comentariul Legii nr. 590/2003 privind tratatele (continuare - art. 25-34)*, Revista Română de Drept Internațional nr. 3 - iulie-decembrie 2006, p. 219-222.

tratate. La fel, nu s-ar justifica aplicarea de proceduri care să implice acte normative interne cu forță juridică diferită (ratificare prin lege/aprobare prin hotărâre a guvernului), pentru diferitele categorii de tratate. Două tratate care reglementează aceeași chestiune (de exemplu cultura sau economia), datorită alegerii diferite a „nivelului”, pot urma proceduri diferite - ceea ce determină ca actele care exprimă consimțământul să aibă forță juridică diferită în dreptul intern. Această situație nu reflectă întru totul o viziune coerentă asupra aplicării tratatelor în dreptul intern.

Astfel, ca sugestie *de lege ferenda*, în afara oricăror propuneri legate de consacrarea forței juridice superioare a tratatelor în dreptul intern în raport cu legile, credem că singurul criteriu pentru aplicarea diferitelor proceduri pentru exprimarea consimțământului (ratificare prin lege, aprobare prin hotărâre a guvernului, exprimarea consimțământului prin semnare) ar trebui să fie *domeniul de reglementare*, și nu „nivelul tratatului”. După cum am văzut, legislația internă a unor state (precum Marea Britanie) nu cunoaște această distincție. În consecință, „nivelul tratatului” trebuie să rămână un criteriu formal, care să reflecte, în conformitate cu practica statelor, grad mai ridicat sau mai scăzut de solemnitate. Aplicarea criteriului domeniului de reglementare ar impune ca procedurile cele mai stricte să urmeze tratatele în domeniile cele mai sensibile (care, de altfel, sunt enumerate deja în Legea nr. 590/2003, la articolul 19 lit. b-h), *făcând abstracție complet de „nivelul” tratatului*, urmând ca pentru tratatele în celelalte domenii să se poată aplica o procedură simplificată.

GARANTAREA DREPTULUI INDIVIDULUI LA LIBERTATEA DE RELIGIE - REGLEMENTĂRI INTERNE ȘI INTERNAȚIONALE

*Lector univ. dr. Roxana MATEFI
Universitatea Transilvania din Brașov
Facultatea de Drept*

§ Guarantee the right of individuals to freedom of religion - domestic and international regulations

Abstract:

Respect for human beings equally involves the physical, as well as the psychic or moral component, thus constituting an extremely sensitive issue regulated nationally, at European level and internationally. The Romanian Civil Code includes a distinct chapter dedicated to respect for human beings and their inherent rights, which regulates the right to life, health and integrity of natural persons, the respect for private life and dignity of persons, as well as the respect for persons after their death. An essential element of the rights of individuals is the freedom of religion, dually conceived in accordance with provisions of Article 9 of the European Convention on Human Rights, namely “the freedom [of the individual] to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.”

Key words: *human rights and freedoms, restrictions, dignity of human beings, personal convictions.*

1. Dreptul la libertatea de religie - reglementări internaționale

Libertatea de religie a individului, drept esențial cu implicații profunde, își găsește reglementarea încă din cuprinsul Declarației Universale a Drepturilor Omului, care la art. 18 stabilește că „orice om are dreptul la libertatea gândirii, de conștiință și religie; acest drept include libertatea de a-și schimba religia sau convingerea, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerea, singur sau împreună cu alții, atât în mod public, cât și privat, prin învățătură, practici religioase, cult și îndeplinirea riturilor”.

Articolul 9 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului reglementează în mod expres dreptul oricărei persoane la libertatea de gândire, de conștiință și de religie, astfel că protecția pe care o asigură aceasta vizează nu numai „viața privată și de familie a individului, corespondența sa și domiciliul pe care îl are, ci și *forul său interior*, anume gândirea, conștiința și religia pe care și-o alege. În procesul gândirii, individul își formează anumite convingeri; ca ființă socială el are nevoie să-și manifeste convingerile sale - deseori atașate îmbrățișării unei anumite religii - în exterior față de alți semeni ai săi sau împreună cu aceștia¹⁾”.

În conținutul dreptului reglementat de articolul 9 din Convenție sunt incluse libertatea individului de a-și schimba religia sau convingerile, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerea în mod individual sau colectiv, în public sau în particular, prin cult, învățământ, practici și îndeplinirea ritualurilor²⁾.

Cât privește restrângerile ce ar putea fi aduse libertății individului de a-și manifesta religia sau convingerile, Convenția stabilește faptul că acestea nu pot face obiectul altor restrângeri decât cele prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru siguranța publică, protecția ordinii, a sănătății, a moralei publice, a drepturilor și a libertăților altora³⁾.

În concepția Curții, „libertatea de gândire, de conștiință și de religie se află printre elementele esențiale de identificare a celor care au o anumită credință și o anumită concepție despre viață”⁴⁾.

În privința semnificației noțiunilor de „cult”, „învățământ” ori a sintagmei „practici și îndeplinirea ritualurilor” despre care se face vorbire în conținutul Convenției, în doctrină regăsim o explicație mai detaliată.

Astfel, „noțiunea de **cult** are în vedere serviciile practicate de cultele religioase, oricare ar fi acestea, independent de numărul credincioșilor care au aderat la ele sau de răspândirea lor geografică pe teritoriul unui stat. Învățământul are în vedere învățământul religios conceput ca posibilitatea desfășurării unei activități de formare și răspândire a unui cult determinat. Practicile și îndeplinirea ritualurilor privesc un anumit comportament religios exteriorizat prin participarea la oficii, procesiuni (...)”⁵⁾.

Prevederi cu privire la libertatea de religie regăsim și în Convenția ONU cu privire la drepturile copilului care, în cuprinsul art. 14 stabilește că: „1. Statele părți⁶⁾ vor respecta dreptul copilului la libertatea de gândire, de conștiință și religie. 2. Statele părți vor respecta drepturile și obligațiile părinților sau, după caz, ale reprezentanților legali ai copilului de a-l îndruma în exercitarea dreptului susmenționat, de o manieră care să corespundă capacităților în formare ale acestuia. 3. Libertatea de a-și manifesta propriile convingeri religioase sau alte convingeri nu

¹⁾ C. Bârsan, *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 729.

²⁾ A se vedea art. 9 alin. (1) din Convenția europeană a drepturilor omului.

³⁾ A se vedea art. 9 alin. (2) din Convenția europeană a drepturilor omului.

⁴⁾ A se vedea CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/Grece*; 20 septembrie 1994, *Otto-Preminger-Institut c/Austrie*, Serie A nr. 18 februarie 1999, *Buscarini et autres c/San Marino*, cit. de C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 742.

⁵⁾ *Idem*, p. 747.

⁶⁾ România a ratificat această Convenție prin Legea nr. 18/1990, publicată în M. Of. nr. 109/1990.

poate fi îngrădită decât de restricțiile prevăzute în mod expres de lege și care sunt necesare pentru protecția securității publice, a ordinii publice, a sănătății publice și a bunelor moravuri sau a libertăților și drepturilor fundamentale ale altora”.

2. Dreptul la libertatea de religie - reglementări interne

Reglementări privind dreptul persoanei la libertatea de religie regăsim și legislația internă, dintre care amintim Constituția României, precum și Codul civil.

Astfel, Constituția României, în cuprinsul art. 29 reglementează libertatea conștiinței, dispunând în mod imperativ, în primul alineat că „libertatea gândirii și a opiniilor, precum și libertatea credințelor religioase nu pot fi îngrădite sub nici o formă. Nimeni nu poate fi constrâns să adopte o opinie ori să adere la o credință religioasă, contrare convingerilor sale”. Legiuitorul garantează totodată libertatea cultelor religioase, pe care le declară autonome față de stat, bucurându-se „de sprijinul acestuia, inclusiv prin înlesnirea asistenței religioase în armată, în spitale, în penitenciare, în azile și în orfelinate”⁷⁾.

Cât privește reglementările în domeniu din cuprinsul Codului civil, legiuitorul român stabilește că, în exercitarea autorității părintești, părinții vor îndruma copilul, în acord cu propriile convingeri, în alegerea unei religii, în condițiile legii, raportat la opinia, vârsta și gradul de maturitate al acestuia, fără însă să-l poată obliga să adere la o anumită religie sau la un anumit cult religios⁸⁾. Aceste prevederi legale trebuie privite și în corelare cu dispozițiile art. 487 din Codul civil, potrivit cărora „părinții au dreptul și îndatorirea de a crește copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, psihică și intelectuală, de educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor lor convingeri, însușirilor și nevoilor copilului; ei sunt datori să dea copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia.”

Odată cu împlinirea vârstei de 14 ani⁹⁾ și dobândirea, pe cale de consecință, a capacității restrânse de exercițiu, copilului îi este permis de legiuitor să-și aleagă singur confesiunea religioasă¹⁰⁾. Exercitarea autorității părintești nu conferă, așadar, părinților drepturi nelimitate în privința copiilor, fiecare persoană având propria sa individualitate, propriul sistem de valori, de idealuri și așteptări, care îi imprimă unicitate în raporturile cu ceilalți indivizi.

Definită de Codul civil drept „ansamblul de drepturi și îndatoriri care privesc atât persoana, cât și bunurile copilului și aparțin în mod egal ambilor părinți”¹¹⁾, despre puterea părintească s-a afirmat în doctrină că „nu este numai o instituție creată exclusiv de dreptul civil; mai presus de toate, ea este o consecință a organizării familiei și a faptului că părintele își ocrotește copiii. La toate popoarele și din

⁷⁾ A se vedea art. 29 alin. (3) și (5) din Constituția României.

⁸⁾ A se vedea art. 491 alin. (1) C. civ.

⁹⁾ Potrivit art. 501 C. civ., „după împlinirea vârstei de 14 ani, minorul își exercită drepturile și își execută obligațiile singur, în condițiile legii, însă numai cu încuviințarea părinților și, după cea a instanței de tutelă.”

¹⁰⁾ A se vedea art. 491 alin. (2) C. civ.

¹¹⁾ A se vedea art. 483 alin. (1) C. civ.

timpurile cele mai îndepărtate, concepția despre rolul părinților față de copii a fost aceeași. Organizarea protecției copilului este baza familiei și consecința normală a raportului de filiație¹²⁾.

Alegerea religiei constituie, fără putință de tăgadă, o chestiune extrem de sensibilă, care implică cele mai profunde resorturi ale ființei umane și asupra căreia doar individul poate cântări, fără ingerințe exterioare. Libertatea alegerii religiei poate fi privită și ca o componentă a liberei dezvoltări a personalității umane, calificată de doctrină drept „expresia juridică a libertății nespecificate, necategorizate, a libertății de acțiune în sensul pur, redusă la esența sa”¹³⁾.

3. Studiu de caz - *Francesco Sessa c. Italiei*

Dreptul la libertatea de religie nu trebuie însă absolutizat, iar jurisprudența CEDO este relevantă în acest sens, respingând în mod constant plângerile care nu se fundamentează pe o încălcare fragrantă a acestui drept. În acest sens se impune a realiza distincția între latura internă și cea externă a dreptului la libertatea de gândire, de conștiință și de religie, reglementat de art. 9 din Convenția europeană a drepturilor omului. După cum corect se afirmă în doctrină, „privite din punct de vedere al caracterului lor intern, aceste facultăți ale individului apar ca absolute, deoarece câtă vreme ele se concretizează în concepții și idei care nu se exteriorizează, suntem în prezența unor drepturi ce nu pot aduce atingere ordinii publice. În momentul când ele se exprimă prin acte exterioare, adică individul înțelege să-și manifeste convingerile sau/și religia, drepturile sale devin fapte sociale, astfel că se impune organizarea exercitării lor de către autoritățile statale. Din acest moment, statul, ca organizator al vieții întregii societăți, poate interveni în a limita exercițiul lor”¹⁴⁾.

Cât privește limitele pe care statul le poate impune exercitării libertăților la care am făcut referire mai sus, acestea trebuie „să fie prevăzute de lege, să urmărească un scop legitim și să apară ca necesare într-o societate democratică”¹⁵⁾.

Un exemplu sugestiv în acest sens este și cauza *Francesco Sessa c. Italiei*, în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a concluzionat în sensul inexistenței unei încălcări a drepturilor prevăzute de art. 9 din Convenție, încălcarea invocată de reclamant fiind întemeiată pe refuzul instanțelor italiene de a amâna judecarea unei cauze al cărei termen a fost stabilit la data la care se celebra o sărbătoare evreiască, de la care acesta, potrivit convingerilor sale religioase, nu putea absenta, potrivit motivării cererii de amânare.

„Reclamantul, Francesco Sessa este evreu și avocat de profesie. La 7 iunie 2005, acesta s-a prezentat în fața judecătorului de instrucție din Forlì, la o audiere privind administrarea de probe, în calitate sa de reprezentant al uneia dintre cele două părți

¹²⁾ A se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Ed. All Beck, 2002, p. 364.

¹³⁾ A se vedea X. Bioy, *Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, Essai de Comparaison*, Revue internationale de droit comparé nr. 1/2003, p. 126, cit. de S. Drăghici, *Efectele dreptului la respectul vieții private și al demnității asupra dreptului civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

¹⁴⁾ C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 729 și urm.

¹⁵⁾ *Idem*, p. 730.

vătămate (...). Judecătorul cauzei nu a putut participa la ședință, iar înlocuitorul său a cerut părților să aleagă, pentru ședința care a fost amânată, între două date deja identificate, 13 sau 18 octombrie 2005.

Reclamantul a arătat că ambele date corespundeau unor sărbători evreiești (Yom Kippur and Sukkot), precizând că se va afla în imposibilitatea de a lua parte la audierea amânată din pricina obligațiilor sale religioase. Acesta a explicat că este membru al comunității evreiești din Napoli, invocând o încălcare a secțiunilor 4 și 5 din Legea nr. 101 din 8 martie 1989 care reglementa relațiile între Stat și Uniunea comunităților evreiești italiene. Judecătorul a stabilit termen pentru audiere la 13 octombrie 2005 (...). Reclamantul a depus o cerere de amânare și o plângere penală împotriva judecătorului de instrucție.

La audierea din 13 octombrie 2005, judecătorul care instrumenta cazul a constatat că reclamantul este absent din motive personale și a cerut părților să își exprime punctul de vedere cu privire la cererea de amânare din 7 iunie. Procurorul și avocatul inculpaților s-au opus cererii, arătând că nu se întemeiază pe un argument legal pentru amânare. Cu toate acestea, avocatul celeilalte părți vătămate a fost de acord cu solicitarea formulată. Judecătorul cauzei a respins cererea de amânare. Acesta a arătat că, în acord cu art. 401 din Codul de procedură penală, doar prezența procurorului și a avocatului inculpatului este obligatorie la audierea privind administrarea imediată a probelor, prezența avocatului părții vătămate fiind opțională.

Acesta a arătat în continuare că, potrivit Codului de procedură penală, judecătorul nu este obligat să amâne o audiere în cazul în care avocatul părții vătămate nu se putea prezenta din motive legitime.

În cele din urmă, acesta a subliniat numărul mare de persoane implicate în cauză (...) și faptul că având în vedere gradul ridicat de încărcare a instanței, care ar fi dus la o amânare a audierii până în 2006, cererea formulată de o persoană, fără a avea o bază legitimă, va fi respinsă potrivit principiului conform căruia cauzele trebuie soluționate într-un termen rezonabil.

Apelul reclamantului a fost respins în februarie 2008 pe motiv că nu a existat nicio dovadă cu privire la violarea dreptului de a-și manifesta liber convingerile evreiești sau la încălcarea demnității datorită confesiunii sale religioase.

Potrivit aprecierii CEDO, judecătorul a respins cererea de amânare a reclamantului deoarece, în conformitate cu dispozițiile Codului de procedură penală, suspendarea audierilor privind administrarea imediată de probe era justificată doar în condițiile absenței procurorului sau a avocatului inculpatului.

Curtea nu a fost convinsă de susținerea potrivit căreia efectuarea unei audieri la o dată corespunzătoare unei sărbători evreiești și refuzul amânării acesteia pentru o dată ulterioară ar fi constituit o restricție în ceea ce privește dreptul reclamantului de a-și manifesta liber credința. În primul rând, posibilitatea avocatului de a-și îndeplini sarcinile religioase nu a făcut obiectul litigiului dintre părți. În plus, acesta ar fi trebuit să cunoască faptul că cererea sa va fi respinsă pe baza dispozițiilor legale în vigoare și să dispună înlocuirea sa în cadrul ședinței de judecată astfel încât să-și îndeplinească obligațiile profesionale. În cele din urmă, Curtea a constatat că domnul Sessa nu a prezentat nicio dovadă cu privire la exercitarea vreunei presiuni

asupra sa în scopul de a-l determina să-și schimbe confesiunea religioasă sau de a-l împiedica să-și manifeste liber religia sau convingerile.

Chiar presupunând că ar fi existat o încălcare a dreptului reclamantului în conformitate cu articolul 9 § 1 din Convenție, Curtea a considerat că astfel de ingerințe, prevăzute de lege, au fost justificate în temeiul protecției drepturilor și libertăților celorlalți - în special, dreptul publicului la buna administrare a justiției - și a principiului potrivit căruia cauzele trebuie soluționate într-un termen rezonabil. Dat fiind că ingerința a fost proporțională cu scopul vizat, Curtea a concluzionat că nu a existat o încălcare a articolului 9.

Dreptul la un recurs eficace nu poate fi interpretat în sensul că reclamantul are dreptul să obțină soluționarea cererii conform modului în care dorește. În cauza domnului Sessa, Curtea a constatat că nu există nicio dovadă care ar putea pune sub semnul întrebării efectivitatea procedurilor penale desfășurate în fața instanțelor italiene. Prin urmare, plângerea în temeiul articolului 13 a fost respinsă ca vădit inadmisibilă. Având în vedere faptul că recurentul nu a prezentat nicio probă în sensul existenței unei discriminări în comparație cu alte persoane într-o cauză similară, plângerea în temeiul articolului 14 a fost declarată vădit inadmisibilă¹⁶⁾.

¹⁶⁾ http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=#n13692976325001280980460_pointer, accesat la data de 17 februarie 2015, ora 11.00 și <http://asdco.org/blog/?cat=23>, accesat la 12 martie 2015, ora 18.30.

NOILE PREVEDERI ALE CODULUI DE PROCEDURĂ PENALĂ PRIVIND ASCULTAREA PERSOANELOR, PERCHEZIȚIA ȘI EXPERTIZA

*Conf. univ. dr. Gabriel NAGHI
Facultatea de Drept și Științe Administrative
Universitatea „Andrei Șaguna”- Constanța*

§ The new provisions of the Criminal Procedure Code regarding the hearing persons', search and expertise

Abstract:

The necessity of a unitary jurisprudence, in line with the jurisprudence of ECtHR, as well as the multitude of amendments of the old Criminal Procedure Code which had determined divergent interpretations and rules for application and the actual suffocation of the prosecution and judiciary, represent the main reasons that lay at the basis of the decision to modernise the Criminal Code and the Criminal Procedure Code. The procedural specifications meant to lead to the application of fundamental principles related to the respect for human dignity and right to private life are also found in the articles of the new Code, dedicated to persons subject to hearing during criminal proceedings, to searches, expert reports and fact findings. The new Code regulates in detail the rules for the hearing of each category of persons who may be involved in criminal proceedings, thus bringing forth an element of novelty that resides in the materialisation of certain principles regarding the respect for fundamental human rights and freedoms. In relation to the issue of searches, the new Code underlines the obligation that they shall be 'conducted by observing human dignity and without being a disproportionate interference in a person's private life'. The detailed regulation of categories concerning expert reports and activities undertaken by experts makes this institution more efficient and reduces the strain on acts of justice. Considered as a whole, these amendments and additions have the purpose of creating a unitary jurisprudence at national level, in accordance to the highest standards in the field.

Key words: *Criminal Procedure Code, hearings of persons, searches, expert reports.*

1. Introducere

Noul Cod de procedură penală a fost proiectat pentru a rezolva, în primul rând, numeroasele situații de contradicție între normele procesual penale române și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO), apărute în special după ratificarea în 1994 a Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale.

Multiplele modificări cu care în timp fusese amendat vechiul Cod de procedură penală au determinat interpretări și modalități de aplicare lipsite de coerență, neunitare și repercusiuni îndreptate asupra celerității desfășurării proceselor penale.

Numeroasele intervenții la Curtea Europeană a Drepturilor Omului soldate cu condamnarea României, precum și supraîncărcarea excesivă a parchetelor și instanțelor ca urmare a procedurilor cu o întindere prea mare în timp și care lasă loc de interpretări ce duc către nefinalizarea pe motive procedurale a dosarelor reprezintă suficiente motive pentru justificarea modificărilor Codului de procedură penală.

Bineînțeles că acest proces de adoptare a sistemului juridic național la standarde europene impune schimbarea, într-o deplină concordanță, a tuturor codurilor, fie civile sau penale.

În ceea ce privește Codul de procedură penală, principalul scop al schimbării acestuia este crearea unei jurisprudențe unitare, în deplin acord cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, care să simplifice, să eficientizeze și să accelereze durata proceselor penale, păstrându-se scopul fundamental al procesului penal, fără a se încălca însă drepturile și libertățile fundamentale ale subiecților procedurii penale.

Principalul câștig ar fi creșterea încrederii justițiabililor în actul de justiție ca urmare a reducerii costurilor financiare și de timp, fără a altera calitatea acestuia.

2. Ascultarea persoanelor - elemente de noutate

Noul Cod de procedură penală reglementează detaliat modul de ascultare a fiecărei categorii de persoane în cursul procesului penal: „suspectul, inculpatul, persoana vătămată, partea civilă, partea responsabilă civilmente, martorii și experții”¹⁾.

La această secțiune, principalele elemente de noutate sunt reflectate în materializarea unor principii ce țin de respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului:

- » **respectarea demnității persoanei audiate.** Persoana audiată, în situația în care nu cunoaște suficient de bine limba română, va beneficia de prezența unui interpret și chiar dacă situația nu permite asigurarea în timp util a unui interpret autorizat și comunicarea se face prin intermediul altor persoane, organul judiciar are obligația de a relua audierea, imediat ce este posibilă asigurarea unui interpret.

De prezența unui interpret vor beneficia și persoanele cu handicap de vorbire, cu care se mai poate comunica și în scris.

Potrivit art. 106 alin. (2), persoanele aflate în detenție pot fi audiate la locul de deținere prin videoconferință, una dintre excepții fiind situația în care ascultarea nu poate fi făcută decât în prezența avocatului la locul de deținere (art. 90).

¹⁾ Codul de procedură penală, februarie 2014, art. 104.

- » **protecția sănătății persoanei audiate** se concretizează în prevederile art. 106 alin. (1) care stipulează regulile speciale privind ascultarea: „dacă, în timpul audierii unei persoane, aceasta prezintă semne vizibile de oboseală excesivă sau simptomele unei boli care îi afectează capacitatea fizică ori psihică de a participa la ascultare, organul judiciar dispune întreruperea ascultării și, dacă este cazul, ia măsuri pentru ca persoana să fie consultată de un medic”.
- » **comunicarea drepturilor persoanei vătămate, dar și suspectului sau inculpatului.** La prima audiere, persoanei vătămate i se aduc la cunoștință drepturile pe care le are și obligațiile ce îi revin: dreptul de a fi asistat de avocat; dreptul de a propune și prezenta probe; dreptul de a i se aduce la cunoștință modul de derulare a procedurii; obligația de a comunica schimbările de adresă; obligația de a se prezenta la toate solicitările emise de organele judiciare; obligația de a spune adevărul și asumarea conținutului declarațiilor.

Organele judiciare care desfășoară audierea, au obligația ca, la prima audiere, să aducă la cunoștință persoanei vătămate că, în situația în care inculpatul va fi privat de libertate și ulterior va fi pus în libertate, prin oricare modalitate, aceasta trebuie să fie informată.

În ceea ce privește suspectul sau inculpatul, înainte de prima ascultare, i se vor comunica în scris drepturile, scopul fiind de a se asigura dreptul la un proces echitabil. Cu aceeași ocazie va fi încunoștințat și de obligația pe care o are de a se prezenta la chemarea organelor judiciare, fiind atenționat că în situația în care nu dă curs solicitării se va emite mandat de aducere.

Inculpatului sau suspectului i se comunică, de asemenea, obligația ca în situația schimbării adresei să comunice noua adresă, în termen de trei zile, în caz contrar, citațiile sau oricare alte acte emise pe vechea adresă vor fi considerate valabile și că s-a luat la cunoștință de conținutul acestora, cu toate consecințele care decurg din acest fapt.

„În cursul urmăririi penale, înainte de prima audiere a suspectului sau inculpatului, i se aduc la cunoștință drepturile și obligațiile prevăzute la alin. (2). Aceste drepturi și obligații i se comunică și în scris, sub semnătură, iar în cazul în care nu poate ori refuză să semneze, se va încheia un proces-verbal”²⁾.

Codul de procedură penală prevede și posibilitatea încheierii unui acord care să creeze posibilitatea reducerii pedepsei ca urmare a recunoașterii vinovăției: „Organul judiciar trebuie să aducă la cunoștință inculpatului posibilitatea încheierii, în cursul urmăririi penale, a unui acord, ca urmare a recunoașterii vinovăției, iar în cursul judecății, posibilitatea de a beneficia de reducerea pedepsei prevăzute de lege, ca urmare a recunoașterii învinuirii”³⁾.

- » **reglementarea dreptului martorului de a nu se autoincrimina.** Codul de procedură penală prevede în mod expres dreptul martorului ca, în ceea ce privește audierea, de a nu se acuza: „Declarația de martor dată de o persoană care, în aceeași cauză, anterior declarației a avut sau, ulterior, a dobândit calitatea de suspect ori inculpat nu poate fi folosită împotriva sa. Organele judiciare au obligația să menționeze, cu ocazia consemnării declarației, calitatea procesuală anterioară”⁴⁾.

²⁾ *Ibidem*, art. 108 alin. (3).

³⁾ *Ibidem*, art. 108 alin. (4).

⁴⁾ *Ibidem*, art. 118.

- » **prevederea măsurilor speciale de protecție a martorilor amenințați sau vulnerabili, precum și a persoanelor vătămate și a părților civile.** Legiuitorul face distincție între martorul amenințat și martorul vulnerabil și prevede măsuri speciale de protecție, atunci când sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege. Pe întinderea a șase articole (125-130) sunt definite cele două categorii de persoane cu statut de amenințate sau vulnerabile și pentru a căror protecție a vieții private sau demnității organul de urmărire penală poate decide măsuri speciale ce se pot dispune pe timpul urmăririi penale și în cursul judecății. Codul de procedură penală prezintă și procedeele de audiere a martorului protejat (art. 129).
- » **folosirea mijloacelor de înregistrare audio sau audiovideo pe timpul ascultării suspectului sau inculpatului.** Pe lângă consemnarea scrisă a declarației semnate de inculpat (în cazul în care refuză, organul judiciar consemnează acest lucru), „organul de urmărire penală care a procedat la audierea suspectului sau a inculpatului, de judecătorul de drepturi și libertăți ori de președintele completului de judecată și de grefier, de avocatul suspectului, inculpatului, al persoanei vătămate, părții civile sau părții responsabile civilmente, dacă aceștia au fost prezenți, precum și de interpret atunci când declarația a fost luată printr-un interpret”⁵⁾, „în cursul urmăririi penale, audierea suspectului sau inculpatului se înregistrează cu mijloace tehnice audio sau audiovideo. Atunci când înregistrarea nu este posibilă, acest lucru se consemnează în declarația suspectului sau inculpatului, cu indicarea concretă a motivului pentru care înregistrarea nu a fost posibilă”⁶⁾.

3. Identificarea persoanele și a obiectelor

Noul Cod de procedură penală introduce obligativitatea audierii prealabile a persoanei care urmează să facă identificarea persoanelor sau obiectelor, în vederea eficientizării instituției.

Audierea constă în descrierea de către aceasta a caracteristicilor persoanei sau obiectului care urmează a fi supuse identificării, precum și descrierea împrejurărilor în care au fost văzute.

Noul Cod de procedură penală reglementează detaliat acest procedeu probatoriu, una dintre condițiile obligatorii fiind și aceea că „identificarea se desfășoară astfel încât persoanele care urmează să fie identificate să nu o vadă pe cea care le identifică”⁷⁾, scopul fiind de protejare a identificatorului, martor sau persoană vătămată.

De asemenea, se stipulează și faptul că „în cursul urmăririi penale, în situația în care organul de urmărire penală consideră necesar, activitatea de identificare este înregistrată audiovideo. Înregistrarea identificării este anexată procesului-verbal ca parte integrantă a acestuia și poate fi folosită ca mijloc de probă”⁸⁾.

O altă prevedere importantă o constituie obligativitatea organelor judiciare ca, în cazul în care mai multe persoane sunt chemate pentru a identifica aceeași persoană

⁵⁾ *Ibidem*, art. 110 alin. (4).

⁶⁾ *Ibidem*, art. 110 alin. (5).

⁷⁾ *Ibidem*, art. 134 alin. (3).

⁸⁾ *Ibidem*, art. 134 alin. (6).

sau același obiect, să ia măsurile necesare pentru a evita comunicarea între cei care au făcut identificarea și cei care urmează să o efectueze, pentru a nu se influența.

4. Percheziția

Noul Cod de procedură penală introduce noi reglementări în ceea ce privește procedeele probatorii al percheziției, astfel, sunt definite: percheziția domiciliară, percheziția corporală, percheziția informatică și percheziția unui vehicul.

„Percheziția se efectuează cu respectarea demnității, fără a constitui ingerință disproporționată în viața privată”⁹⁾.

Percheziția domiciliară

Între cazurile și condițiile în care se poate dispune percheziția domiciliară, respectiv existența unei suspiciuni rezonabile privind săvârșirea unei infracțiuni de către o persoană, deținerea unor obiecte sau înscrisuri ce au legătură cu infracțiunea ori prinderea suspectului (inculpatului), apare și situația în care se impune efectuarea unei percheziții pentru a se conserva urmele săvârșirii unei infracțiuni.

Codul de procedură penală prevede că probele pentru analiză se iau cel puțin în dublu și se sigilează. Una dintre probe se lasă celui de la care se ridică, iar în lipsa acestuia, unui reprezentant sau martor asistent.

Percheziția corporală

Codul de procedură penală stabilește posibilitatea efectuării percheziției corporale de către organele judiciare sau orice autoritate cu atribuții în asigurarea ordinii și securității publice „în cazul în care există o suspiciune rezonabilă că prin efectuarea unei percheziții corporale vor fi descoperite urme ale infracțiunii, corpuri delictive ori alte obiecte ce prezintă importanță pentru aflarea adevărului în cauză”¹⁰⁾.

Totodată, se face distincție între instituția percheziției corporale care presupune examinarea corporală externă a unei persoane, a cavității bucale, a nasului, a urechilor, a părului, a îmbrăcămintei, a obiectelor pe care persoana le are asupra sa sau sub controlul său, în momentul respectiv, și examinarea fizică care presupune examinarea externă și internă a corpului persoanei, precum și prelevarea de mostre biologice.

Percheziția unui vehicul

Codul prevede condițiile în care se poate efectua percheziția unui vehicul constând în „examinarea exteriorului ori interiorului unui vehicul sau a altui mijloc de transport ori a componentelor acestora”¹¹⁾, cei în măsură să realizeze percheziția fiind aceiași prevăzuți la percheziția corporală, precum și scopul, respectiv descoperirea urmelor unor infracțiuni, corpuri delictive ori alte obiecte ce prezintă importanță pentru aflarea adevărului în cauză.

Percheziția informatică și accesul într-un sistem informatic

Noul Cod instituie procedeele probatorii menite să respecte dreptul constituțional al persoanei la viața privată. Astfel, percheziția în sistem informatic sau a unui suport de stocare a datelor informatice, care presupune „procedeele de cercetare, descoperire, identificare și strângere a probelor stocate într-un sistem informatic sau suport de

⁹⁾ *Ibidem*, art. 156 alin. (2).

¹⁰⁾ *Ibidem*, art. 165 alin. (2).

¹¹⁾ *Ibidem*, art. 167 alin. (1).

stocare a datelor informatice, realizat prin intermediul unor mijloace tehnice și proceduri adecvate, de natură să asigure integritatea informațiilor conținute de acestea¹²⁾, se realizează de către organele de urmărire penală, care „trebuie să ia măsuri ca percheziția informatică să fie efectuată fără ca faptele și împrejurările din viața personală a celui la care se efectuează percheziția să devină, în mod nejustificat, publice”¹³⁾.

5. Expertiza și constatarea

Conform prevederilor noului Cod, expertiza poate fi efectuată „când pentru constatarea, clarificarea sau evaluarea unor fapte ori împrejurări ce prezintă importanță pentru aflarea adevărului în cauză este necesară și opinia unui expert”¹⁴⁾, de către „experți oficiali din laboratoare sau instituții de specialitate ori de experți independenți autorizați, din țară sau din străinătate, în condițiile legii”¹⁵⁾.

Privind posibilitatea de înlocuire a expertului, Codul prevede că acesta poate fi înlocuit de către organul de urmărire penală sau prin încheiere de către instanță, dacă refuză sau, în mod nejustificat, nu finalizează raportul de expertiză până la termenul fixat sau „când este admisă declarația sa de abținere sau cererea de recuzare ori în cazul în care se află în imposibilitate de a efectua sau finaliza expertiza”¹⁶⁾.

Acesta este obligat ca odată cu înlocuirea să pună la dispoziția organului judiciar toate actele sau obiectele încredințate, precum și observațiile privind activitățile desfășurate până în momentul înlocuirii.

În același scop, în cursul urmăririi penale sau al judecării, expertul poate fi audiat de organul de urmărire penală sau de instanță, la cererea procurorului, a părților, a subiecților procesuali principali sau din oficiu, în condițiile dispozițiilor privitoare la audierea martorilor, atunci când organul judiciar apreciază necesitatea lămuririi constatărilor sau concluziilor expertului.

În situația în care se constată că expertiza nu este completă, iar audierea expertului nu este suficientă pentru completarea acesteia, se dispune efectuarea unui supliment de expertiză de către același expert sau de către un altul, atunci când nu este posibilă desemnarea aceluiași expert.

Efectuarea unei noi expertize se poate dispune de către organul de urmărire penală sau de către instanță „atunci când concluziile raportului de expertiză sunt neclare sau contradictorii ori între conținutul și concluziile raportului de expertiză există contradicții, iar aceste deficiențe nu pot fi înlăturate prin audierea expertului”¹⁷⁾.

În Cod sunt tratate în mod detaliat principalele categorii de expertiză:

- a) Expertiza medico-legală psihiatrică care se dispune „în cazul infracțiunilor comise de minori cu vârsta între 14 și 16 ani, în cazul uciderii sau vătămării copilului nou-născut ori a fătului de către mamă, precum și atunci când organul de urmărire penală sau instanța are o îndoială asupra

¹²⁾ *Ibidem*, art. 168 alin. (1).

¹³⁾ *Ibidem*, art. 168 alin. (14).

¹⁴⁾ *Ibidem*, art. 172 alin. (1).

¹⁵⁾ *Ibidem*, art. 172 alin. (4).

¹⁶⁾ *Ibidem*, art. 176 alin. (3).

¹⁷⁾ *Ibidem*, art. 181 alin. (1).

discernământului suspectului ori inculpatului în momentul săvârșirii infracțiunii ce face obiectul acuzației¹⁸⁾.

- b) Autopsia medico-legală se dispune „în caz de moarte violentă ori când aceasta este suspectă de a fi violentă sau când nu se cunoaște cauza morții ori există o suspiciune rezonabilă că decesul a fost cauzat direct sau indirect printr-o infracțiune ori în legătură cu comiterea unei infracțiuni¹⁹⁾).
- c) Exhumarea poate fi dispusă „în vederea stabilirii felului și cauzei morții, a identificării cadavrului sau pentru stabilirea oricăror elemente necesare soluționării cauzei²⁰⁾.
- d) Autopsia medico-legală a fătului sau a nou-născutului „se dispune pentru a stabili vârsta intrauterină, capacitatea de supraviețuire extrauterină, felul și cauza morții, precum și stabilirea filiației, când este cazul²¹⁾.
- e) Expertiza toxicologică se dispune în cazul în care există o suspiciune cu privire la producerea unei intoxicații.
- f) Examinarea medico-legală a persoanei se efectuează conform legii speciale în vederea constatării urmelor și consecințelor unei infracțiuni.
- g) Examinarea fizică presupune examinarea externă și internă a corpului unei persoane, precum și prelevarea de probe biologice.
- h) Expertiza genetică judiciară „se poate dispune de către organul de urmărire penală, prin ordonanță, în cursul urmăririi penale, sau de instanță, prin încheiere, în cursul judecării, cu privire la probele biologice recoltate de la persoane sau orice alte probe ce au fost găsite ori ridicate²²⁾.

Conform prevederilor Codului de procedură penală, organul de urmărire penală sau instanța de judecată poate dispune ca la cercetarea locului faptei sau la reconstituire să participe și medicul legist sau oricare altă persoană a cărei prezență se consideră ca fiind necesară.

6. În loc de concluzii

Noul Cod de procedură penală prevede mai multe detalii procedurale menite să înlăture confuziile și interpretările ce pot duce la alterarea procesului judiciar.

Prin el se impune reducerea duratei proceselor și simplificarea procedurilor judiciare penale. Sunt introduse noi instituții ca: acordul de recunoaștere a vinovăției, compatibilitatea mijloacelor de probă sau procedurilor probatorii cu standardele europene în materie, reducerea gradelor de jurisdicție și reglementarea recursului în casație, ca o cale extraordinară de atac, toate acestea asigurând crearea unei jurisprudențe unitare la nivel național, cu respectarea celor mai exigente standarde internaționale în materie procesual penală, respectiv standardele Curții Europene a Drepturilor Omului.

¹⁸⁾ *Ibidem*, art. 184 alin. (1).

¹⁹⁾ *Ibidem*, art. 185 alin. (1).

²⁰⁾ *Ibidem*, art. 186 alin. (1).

²¹⁾ *Ibidem*, art. 187 alin. (1).

²²⁾ *Ibidem*, art. 191 alin. (1).

ROLUL ȘI EVOLUȚIA JURISPRUDENȚEI ÎN DREPTUL ROMÂNESC*

Lector univ. dr. Mihail NIEMESCH

Facultatea de Drept

Universitatea Titu Maiorescu - București

Avocat în Baroul București

§ Roll and case law development in Romanian law

Abstract

As a part of the positive juridical reality, the place and the role of the sources of law have suffered some changes. For instance, through the new civil legislation, the principles of law are established as sources of law, and once with the EU adhesion the authorities have to provide efficacy complying with the specific conditions of some new sources of European law (such as regulations, directives, decisions).

In the past, the Supreme Tribunal or the Supreme Court of Justice issued guidance that have the importance of sources of law with strict applicability. Practically, the main institutions elaborate periodically collections of jurisprudence with the corresponding solutions. The aim is to guide the litigants in the right direction, this collections having the role to help the law practitioners too.

Key words: *jurisprudence, sources of law, regulations, decisions, European law.*

Percepută inițial ca însăși știința dreptului, jurisprudența s-a îndepărtat treptat de un asemenea statut, dezvoltând o perspectivă de cunoaștere a dreptului, prin interpretare, în cadrul aplicării lui, prin urmare, din interiorul procesului de producere și realizare a sa¹⁾.

Începând cu Roma Antică, jurisprudența a jucat un rol esențial în realizarea și aplicarea dreptului. Formula uzitată de instituția pretorului, *do, dico, addico*, s-a perpetuat peste timp și transpusă în jurisprudență a influențat și influențează

* Acknowledgment: Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească, contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

¹⁾ M. Duțu, *Dreptul: între ipostaze teoretice și avantajele mondializării*, Ed. Academiei Române, Ed. Universul Juridic, București 2014, p. 70.

dreptul în mod esențial, indiferent că vorbim de sistemul de drept anglo-saxon, cel de tip continental etc. Interpretarea dată de jurisconșulții romani a fost considerată creatoare a dreptului prin *communis opinio, iuris peritorum auctoritas*, în dreptul pretorian și constituia izvor de drept.

În Roma antică, prin jurisprudență se înțelegea știința dreptului, dar și aplicarea corectă a dreptului, fiind considerată ca știință, dar și artă. Evident că și pe teritoriul României de azi jurisprudența a avut un loc aparte, începând cu ocupația romană. O etapă esențială din istoria jurisprudenței o constituie opera lui Trebonian (534 d.H.), numită *Corpus Iuris Civilis*. **Lucrarea acestuia era compusă** dintr-un ansamblu selectat de jurisprudență romană (*Institutiones, Digestum, Codex și Novellae*), dinainte și din vremea lui Justinian.

Astfel datorită rolului de explicitare a semnificațiilor reglementărilor juridice și prin aceasta punerea în aplicare a normei de drept, jurisprudența impune cunoașterea conținutului său tuturor practicienilor dreptului, avocați, judecători, procurori etc., asigurând prin aceasta, soluții corecte, unitare și ancorate în realitatea imediată.

Înțelegând conotația practică a jurisprudenței și caracterul ei indispensabil în realizarea, dar mai ales în aplicarea dreptului, figuri proeminente ale dreptului românesc au înțeles să așeze jurisprudența română la loc de cinste, sens în care trebuie să evocăm **Pandectele române** publicație juridică înființată în anul 1921, sub conducerea lui Constantin Hamangiu, consilier la Înalta Curte de Casație și Justiție. Scopul principal al acestei publicații era prezentarea și analizarea fenomenului jurisprudențial român.

Publicația „Pandectele române” a debutat printr-o apariție lunară, organizată în 10 Caiete pe an, la sfârșitul căruia se alcătuia un index alfabetic general aferent întregii materii cuprinse în cele 10 Caiete, legate împreună spre a forma un singur volum. Structura inițială a periodicului prezenta o sistematizare în patru părți:

- » Jurisprudența Înaltei Curți de Casație (Partea I);
- » Jurisprudența curților de apel, a tribunalelor, a judecătoriilor, a camerelor arbitrale, a tribunalelor speciale (militare, maritime etc.) (Partea a II-a);
- » Soluții jurisprudențiale ale tuturor instanțelor de judecată, atât române, cât și străine (Partea a III-a);
- » Legislație curentă (Partea a IV-a).

În urma decesului fondatorului Constantin Hamangiu (1932), coordonarea revistei a fost asigurată de Gheorghe Popescu-Docan, la rândul său consilier la Înalta Curte de Casație și Justiție.

Instaurarea deplină a regimului comunist în România a dus la curmarea, în chip abrupt și brutal, a activității redacționale de prestigiu, desfășurate sub egida Pandectelor. În anunțul explicativ, tipărit pe ultima pagină a volumului întocmit pentru anul 1948, conducerea revistei aducea la cunoștință suspendarea apariției acestui repertoriu, pentru anul ce urma să vină²⁾.

Se observă însă faptul că și în regimul comunist, după o perioadă de totalitarism extrem, rolul jurisprudenței a fost reabilitat, iar cele mai bune mărturii le constituie exemplificările de practică judiciară din „Revista română de drept”, dar și lucrarea anuală intitulată „Culegere de decizii și decizii de îndrumare ale Tribunalului

²⁾ http://ro.wikipedia.org/wiki/Pandectele_rom%C3%A2ne.

Suprem”, cât și „Repertoriu de practică judiciară în materie civilă a Tribunalului Suprem și a altor instanțe pe anii 1952-1969”, având ca autori pe Ioan Mișuță și Alexandru Lesviodax.

În România ultimilor ani locul și rolul jurisprudenței a fluctuat de la scăderea prestigiului și semnificațiilor concrete ale practicii judiciare până la recunoașterea ei ca izvor de drept, cel puțin în materie de drepturile omului, dar nu numai, pentru că avem aici în vedere nu doar deciziile CEDO, dar și pe cele ale CJUE. Astfel, rolul jurisprudenței în realizarea și aplicarea dreptului a început să sporească în România, începând cu aderarea la UE³⁾.

Odată cu aderarea României la UE, sistemul nostru de drept a început să suporte influențe instituționale și normative⁴⁾. Evident că tendința este aceea de a avea un drept unitar la nivelul UE. Ideea unei legislații europene comune este mai veche, așa încât apariția unui Cod civil european nu reprezintă decât afirmarea unității fenomenului juridic la nivel comunitar.

Ca parte a realității juridice pozitive, locul și rolul izvoarelor de drept au suferit unele modificări. De pildă, prin noua legislație civilă principiile dreptului⁵⁾ sunt consacrate ca izvoare de drept, iar odată cu aderarea la UE, juristul român trebuie să dea eficiență, cu respectarea condițiilor specifice, unor noi izvoare de drept european (de ex. regulamentele, directivele, deciziile).

O problemă din ce în ce mai actuală și cu care a început să se confrunte sistemul de drept românesc este aceea de a ști dacă în prezent jurisprudența reprezintă un izvor de drept veritabil sau nu, în special datorită faptului că în prezent în Uniunea Europeană coabitează mai multe sisteme de drept, dintre care unele consacră jurisprudența ca un veritabil izvor de drept, cum ar fi spațiul anglo-saxon, unde principiile dreptului natural⁶⁾ și cele ale utilitarismului sunt utilizate pentru analiza izvoarelor dreptului. Este totuși de menționat faptul că, de-a lungul istoriei, locul, rolul și funcțiile jurisprudenței în cadrul izvoarelor de drept a variat de la o epocă la alta, de la un sistem de drept la altul⁷⁾.

În privința jurisprudenței naționale și europene, de a fi izvor de drept, chestiunea pare a fi cel puțin controversată, din mai multe motive, cum ar fi: este jurisprudența CEDO și CJUE, obligatorie în domenii strict determinate ale realității juridice, izvor de drept; care este rolul deciziilor ÎCCJ asupra instanțelor inferioare etc.

În doctrina recentă prof. G. Vrabie arată că: „... observând evoluțiile care fac proba existenței unei coeziuni între sistemele juridice europene și sistemele naționale ... credem că, în final, putem fi optimiști: judecătorii din toate statele naționale integrate pot face

³⁾ A se vedea D. Barbu, *Contributing to the Development of International Law of international Judicial*, Working Papers, Ed. Lumen, 2014, ISBN:978-910129-04-3, p. 59.

⁴⁾ A se vedea D. Barbu, *The Process of Harmonization for National Legislation Wich Community Law*, Legal and Administrative Studies, www.jlas.upit.ro.e-ISSN: 2344-6900, ISSN-L: 1583-0772 No. 1 (13), Year XIII, 2014, p. 63-77.

⁵⁾ E. Ciongaru, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Scrisul Românesc, Craiova, 2010, p. 23-24.

⁶⁾ C. Butculescu, *Considerații privind dreptul natural în spațiul anglo-saxon*, în volumul *Dinamica dreptului românesc după aderarea la Uniunea Europeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 601-607.

⁷⁾ M. Niemesch, *Jurisprudence in the Romanian legal system*, în *Analele Universității Titu Maiorescu, Seria Drept*, Anul XII/2013, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 29.

față provocărilor actuale, pot alege soluțiile care țin cont în același timp de sistemul juridic propriu și de sistemul european. Dar trebuie ca practica să fie urmată de teorie. Noțiunile utilizate până în prezent - izvor de drept, normă juridică, sistem de drept, drept etc. - trebuie regândite, redefinite ținând cont de evoluția rapidă a vieții juridice, de schimbările spectaculoase care se produc în societate⁸⁾.

Se apreciază că, în prezent⁹⁾, în România practica judecătorească nu reprezintă izvor de drept.

Totuși, dispozițiile date de către instanțele superioare în cadrul soluționării căilor de atac, dispoziții privitoare la anumite probleme de drept, respectiv necesitatea administrării unor probe etc., sunt obligatorii pentru instanțele inferioare, în cazul unei casări cu trimitere spre rejudecare. În sens larg, se poate aprecia că hotărârea instanței superioare are valoare de izvor de drept pentru activitatea instanței inferioare ce va proceda la rejudecarea cauzei; e drept că, în acest caz, este vorba de o limitare strictă la instanța inferioară ce va proceda la rejudecarea cauzei, cât și cu privire la aspectele avute în vedere cu ocazia casării.

În trecut, Tribunalul Suprem sau Curtea Supremă de Justiție au emis decizii de îndrumare care au importanța unor izvoare de drept cu aplicabilitate limitată. Practic, principalele instanțe elaborează periodic culegeri de practică judiciară cu soluțiile aferente. Scopul ar fi acela de a îndruma justițiabilii în direcția corectă, aceste culegeri având rolul de a ajuta și practicienii dreptului, în aceeași măsură.

Trebuie analizate însă situațiile care pun în evidență importanța jurisprudenței în sistemul de drept românesc, și anume: deciziile Curții Constituționale, deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție pronunțate în soluționarea recursului în interesul legii și hotărârile prealabile pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

În mod sigur, în România, *deciziile Curții Constituționale în materia excepțiilor de neconstituționalitate* pot fi apreciate ca izvoare de drept ajutătoare. Aceste hotărâri judecătorești pot fi invocate ca precedent, deoarece dacă un text de lege a fost declarat neconstituțional acesta nu mai poate face obiectul unei alte excepții de neconstituționalitate¹⁰⁾.

⁸⁾ G. Vrabie, *Les sources du droit pour le juge national. Quelques remarques sur la Roumanie*, în *La jurisprudence des autorités juridictionnelle-source de droit? Table ronde internationale*: Iași, le 25 mai 2012, organisée par le Centre francophone de droit constitutionnel de l'Université Mihail Kogălniceanu et l'Association Roumaine de Droit Constitutionnel, coordonator Genoveva Vrabie, Iași, Institutul European, 2013, p. 114.

⁹⁾ În dreptul socialist, legea era considerată singurul izvor de drept, deși se admitea, în mod excepțional, posibilitatea creării unui vid legislativ ori a unei lacune judiciare, nu se accepta apelarea la jurisprudență, în astfel de situații, judecătorul nu putea aplica precedentul judiciar, ci se călăuzea după propria sa conștiință juridică socialistă, după principiile legislației și ale politicii statului socialist. Se admitea, totuși, un rol consultativ practicii juridice, dată fiind ierarhizarea instanțelor judecătorești, practica instanțelor superioare în grad putând fi un ghid pentru instanțele de grad inferior, fără a fi obligatoriu. A se vedea, L. Barac, *Elemente de teoria dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 148. Într-un articol recent se precizează categoric faptul că în sistemul de drept continental, ca și în sistemul de drept român nu se recunoaște că precedentul judiciar este izvor de drept, invocându-se principiul separației puterilor în stat. A se vedea M. Agheniței, I. Flămânzeanu, *Jurisprudența ca izvor de drept*, în *Revista de drept penal* nr. 1/2013, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 115.

¹⁰⁾ Decizia Curții Constituționale nr. 19/1997, M. Of. nr. 119 din 11 iunie 1997.

Referitor la calitatea de izvor de drept a deciziilor Curții Constituționale, autorul Gheorghe Mihai exprimă opinia conform căreia „este de meditat dacă actele juridice ale Curții Constituționale pot fi socotite izvoare indirecte de drept pozitiv”¹¹⁾.

Criticând opinia potrivit căreia, având în vedere forța juridică a deciziilor Curții Constituționale, prin aplicarea *mutatis mutandis* a deciziei invocate aceasta poate constitui temei și pentru reconsiderarea soluțiilor legislative cuprinse în alte acte normative, autoarea Irina Grigore-Rădulescu a arătat¹²⁾ că aplicarea prin analogie a deciziilor Curții Constituționale ar contraveni tocmai criteriilor clarității, preciziei, previzibilității și predictibilității normelor juridice asupra cărora Curtea insistă a fi respectate de către legiuitor în procesul de elaborare a dreptului.

Potrivit art. 31 alin. (3) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată, „Dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare constatate ca fiind neconstituționale își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pune de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept”.

Prin urmare, prin efectul admiterii unei excepții de neconstituționalitate aplicarea dispoziției legale declarate neconstituțională este suspendată, iar după trecerea unui termen de 45 de zile, în măsura în care Parlamentul sau Guvernul nu pun de acord aceste dispoziții neconstituționale cu cele ale Constituției, această dispoziție legală își va înceta efectele. Astfel, decizia Curții Constituționale de admitere a unei excepții de neconstituționalitate poate avea efect abrogator în ceea ce privește dispoziția legală, impunând organelor statului să nu mai aplice norma respectivă, dacă în termenul prestabilit de lege nu este adaptată prevederilor Constituției.

Consider că, în prezent, deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție pronunțate în soluționarea recursului în interesul legii pot fi apreciate cel puțin ca „izvor de drept ajutător”, și aceasta în contextul în care hotărârile instanței supreme sunt considerate ca reguli de ghidare a instanțelor inferioare. Desigur, se știe că aceste hotărâri au mai mult un caracter interpretativ, privind anumite norme de drept preexistente.

Ca exemple de recursuri în interesul legii ce au permis o interpretare și aplicare unitară a legii de către instanțele judecătorești, respectiv au condus la crearea unei practici unitare la nivelul întregii țări, pot fi amintite: Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 10/2011 cu privire la chemarea în garanție a Ministerului Finanțelor Publice în litigiile vizând acordarea unor drepturi de natură salarială personalului bugetar sau a ajutorului financiar prevăzut de Legea nr. 315/2006 privind stimularea achiziționării de cărți sau de programe educaționale pe suport electronic (n.n. - în prezent abrogată), necesare îmbunătățirii calității activității didactice, în învățământul preuniversitar; Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 13/2012 cu privire la calea de atac ce poate fi exercitată împotriva încheierilor prin care s-a dispus investirea cu formulă executorie a titlurilor de credit cambie, bilet la ordin

¹¹⁾ Gh. Mihai, *Inevitabilul drept*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 35.

¹²⁾ I. Grigore-Rădulescu, *Despre jurisprudență și precedentul judiciar din perspectiva izvoarelor dreptului*, în *Pandectele române* nr. 2/2014, Ed. Wolters Kluwer, București, 2014, p. 73.

și cec, Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 19/2013 cu privire la timbrarea cererilor prin care cheltuielile de judecată sunt solicitate pe cale separată etc.

În reglementarea recursului în interesul legii, sub imperiul Codului de procedură civilă din 1865, interes deosebit pentru analiza jurisprudenței românești ca izvor de drept prezintă soluționarea de către instanțele judecătorești române a acțiunii în revendicarea imobilelor preluate abuziv de către stat în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989, formulate pe calea dreptului comun prin raportare la dispozițiile Convenției Europene a Drepturilor Omului (este vorba de art. 6 din Convenție și art. 1 din Protocolul 1 la Convenție).

Chiar dacă potrivit art. 20 din Constituția României se instituia prevalența reglementărilor internaționale privind drepturile fundamentale ale omului față de actele normative interne, controversalele ivite în practica instanțelor de judecată, controversale motivate în parte și de numeroasele modificări legislative apărute în cursul derulării proceselor, au determinat formularea de către procurorul general al României a unui recurs în interesul legii, recurs soluționat prin Decizia nr. 33 a Înaltei Curți de Casație și Justiție din 9 iunie 2008¹³⁾.

Relativ la această decizie se remarcă modalitatea inovatoare prin care instanța supremă a înțeles să se pronunțe, fără a tranșa în vreun fel problema de drept supusă analizei sale, lăsând în continuare în sarcina instanțelor de judecată analiza, de la caz la caz, a problematicii acțiunii în revendicare a imobilelor preluate de către stat în mod abuziv, cu consecința creării unui climat general de incertitudine și nesiguranță juridică.

Ulterior acestei decizii, legislația în materie a continuat să fluctueze, cea mai importantă modificare fiind adoptarea Legii nr. 1/2009 pentru modificarea și completarea Legii nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 63 din 3 februarie 2009.

Poate la fel de controversată este și decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 29/2011 privind aplicarea dispozițiilor Legii nr. 119/2010, raportat la art. 20 alin. (2) din Constituție, art. 1 din Protocolul nr. 1 adițional la Convenția europeană a drepturilor omului și art. 14 din Convenție¹⁴⁾.

Din analiza jurisprudenței atașate recursului în interesul legii Înalta Curte de Casație și Justiție a constatat însă că instanțele judecătorești nu au stabilit în mod riguros, în concret, acest element (raportul rezonabil de proporționalitate - s.n.) ce reprezintă o circumstanță importantă în identificarea premiselor de analiză a raportului de proporționalitate, fiind util a se observa proporția reducerii beneficiului social în discuție pentru reclamantul cauzei, iar nu indicarea unei marje generale a diminuării pensilor speciale pentru toate categoriile de persoane vizate de Legea nr. 119/2010.

¹³⁾ Pentru o dezvoltare amplă, a se vedea M. Niemesch, *Acțiunea în revendicarea imobilelor preluate abuziv de către stat în perioada 6 martie 1945- 22 decembrie 1989, formulată pe calea dreptului comun, din perspectiva Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Deciziei din 9 iunie 2008 pronunțate în recursul în interesul legii de către Înalta Curte de Justiție și Casație*, în Buletinul de cercetare nr. 17, Universitatea Română de Științe și Arte „Gheorghe Cristea”, Ed. Little Star, București, 2008, p. 145-151.

¹⁴⁾ Sursa Internet, www.scj.ro.

În același timp, fără a fi limitative, în ansamblul circumstanțelor obiective de analiză, ar putea fi avute în vedere criteriile precum indemnizația socială pentru pensionari (prevăzută de art. 7 din Legea nr. 118/2010 privind unele măsuri necesare în vederea restabilirii echilibrului bugetar) ori pensia medie lunară, după cum vor trebui identificate circumstanțele particulare ale cauzei.

În soluționarea acestui recurs în interesul legii, Înalta Curte a reținut că pe calea recursului în interesul legii nu este posibil a se statua o concluzie general valabilă de natură a asigura unificarea practicii judiciare, având aptitudinea de a fi aplicată în fiecare cauză aflată pe rolul instanțelor, de vreme ce stabilirea raportului de proporționalitate este rezultatul aprecierii materialului probator și a circumstanțelor proprii fiecărei pricini sau a situației de fapt reținute, fiind așadar exclusiv o chestiune de aplicare a legii (Convenția și jurisprudența Curții Europene, în acest caz).

Ca și în exemplul mai sus-menționat, această decizie ce a vizat dispozițiile Legii nr. 119/2010 a fost precedată (O.U.G. nr. 1/2011) sau urmată de alte modificări legislative (Legea nr. 241/2013) care au generat nesiguranța circuitului civil.

Referitor la reglementarea recursului în interesul legii, în noile coduri trebuie avute în vedere prevederile art. 514 din Noul Cod de procedură civilă, respectiv art. 471 alin. (1) din Noul Cod de procedură penală, care învederează că scopul unui recurs în interesul legii este acela de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către toate instanțele judecătorești. Admisibilitatea recursului în interesul legii este condiționată de împrejurarea că problema de drept ce formează obiectul său a fost soluționată în mod diferit de către instanțele judecătorești prin hotărâri judecătorești definitive.

În ceea ce privește efectele deciziei pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție în soluționarea recursului în interesul legii trebuie amintite dispozițiile art. 517 alin. (2) și (4) din Noul Cod de procedură civilă, respectiv ale art. 474 alin. (2) și (4) din Noul Cod de procedură penală. Astfel, decizia se pronunță numai în interesul legii și nu are efecte asupra hotărârilor judecătorești examinate și nici cu privire la situația părților din acele procese, iar dezlegarea dată problemelor de drept judecate este obligatorie pentru instanțe de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Analiza textelor legale impune câteva precizări, și anume: în primul rând soluția legislativă este deficitară sub aspectul prevederii că dezlegarea dată problemelor de drept judecate este obligatorie pentru instanțe, omițând a se menționa și celelalte subiecte de drept. Astfel, chiar dacă asupra unui anumit text legal s-a pronunțat o decizie în recurs în interesul legii prin care s-a urmărit o interpretare și aplicare unitară a acestuia, în practică, de multe ori, subiectele de drept, chiar organe ale statului, ignoră această decizie, ceea ce în final conduce la declanșarea unui litigiu prin care instanța judecătorească este chemată a aplica dispoziția legală în cauză în conformitate cu decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Pe de altă parte, chiar dacă nu are efect asupra hotărârilor judecătorești examinate, poate că ar fi fost bine ca în Noul Cod de procedură civilă să se stabilească un termen-limită în care să se soluționeze un recurs în interesul legii, dublat de

instituirea unui caz expres de suspendare de drept¹⁵⁾ a cauzelor aflate pe rol la momentul introducerii recursului în interesul legii și care au ca temei aplicarea aceluiași text de lege vizat. În acest mod, în perioada de la formularea recursului în interesul legii și până la publicarea deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție asupra recursului în interesul legii, s-ar fi evitat situațiile controversate în care se pronunță soluții contrare asupra problemei de drept în cauză.

S-a prevăzut și că decizia în interesul legii își încetează aplicabilitatea la data modificării, abrogării sau constatării neconstituționalității dispoziției legale care a făcut obiectul interpretării (art. 518 din Noul Cod de procedură civilă), singura excepție admisă fiind aceea în care problema de drept dezlegată subzistă în noua reglementare (art. 4741 din Noul Cod de procedură penală).

Relativ la hotărârile prealabile pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție pentru dezlegarea unor chestiuni de drept trebuie avute în vedere prevederile art. 519 din Noul Cod de procedură civilă, respectiv cele ale art. 475 din Noul Cod de procedură penală conform cărora dacă, în cursul judecării, un complet de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al curții de apel sau al tribunalului, investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constată că o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluționarea pe fond a cauzei respective, este nouă și asupra acesteia Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare, va putea solicita Înaltei Curți de Casație și Justiție să pronunțe o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată.

Pentru evitarea unei practici judiciare neunitare, spre deosebire de reglementarea recursului în interesul legii, potrivit art. 520 alin. (4) din Noul Cod de procedură civilă, respectiv art. 476 alin. (4) din Noul Cod de procedură penală, cauzele similare, aflate pe rolul instanțelor judecătorești, pot fi suspendate până la soluționarea sesizării.

Apreciem mai adecvată realităților juridice românești soluția adoptată de art. 521 alin. (3) din Noul Cod de procedură civilă conform căreia dezlegarea dată chestiunilor de drept este obligatorie pentru instanța care a solicitat dezlegarea de la data pronunțării deciziei, iar pentru celelalte instanțe, de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I, decât cea din art. 4771 alin. (3) din Noul Cod de procedură penală care statuează că dezlegarea dată chestiunilor de drept este obligatorie pentru instanțe de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Și raportat la această instituție juridică sunt valabile mențiunile relative la obligativitatea hotărârii prealabile pronunțate numai în privința instanțelor judecătorești, pe care le-am făcut cu privire la recursul în interesul legii.

Un exemplu în acest sens îl constituie Decizia nr. 1/2014 pentru dezlegarea unor chestiuni de drept ce formează obiectul dosarului nr. 2/1/2013/HP, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de

¹⁵⁾ Legiuitorul [art. 412 alin. (1) pct. 7 din Noul Cod de procedură civilă] a înțeles să aibă în vedere doar situația în care instanța formulează o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare adresată Curții de Justiție a Uniunii Europene. În practică pot fi identificate cazuri singulare în care o asemenea suspendare a fost acordată în temeiul art. 412 alin. (1) pct. 8 din Noul Cod de procedură civilă, situația în cauză fiind încadrată în ipoteza „în alte cazuri prevăzute de lege”.

drept, publicată în Monitorul Oficial nr. 260 din 9 aprilie 2014, aceasta fiind prima decizie în care instanța supremă a apreciat că sesizarea este admisibilă, analizând pe larg condițiile de admisibilitate a acestei proceduri¹⁶⁾.

Considerăm că și hotărârile prealabile pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție pentru dezlegarea unor chestiuni de drept au caracterul de „izvor de drept ajutător”, reținând împrejurarea că, fără a crea prin ele însele norme juridice noi, impun cu caracter obligatoriu pentru instanțele judecătorești o anumită interpretare a dispoziției legale.

S-a afirmat¹⁷⁾ că dincolo de valențele calității de izvor de drept, jurisprudenței îi revine și rolul de a contribui la orientarea și perfecționarea sistemului legislativ.

Trebuie subliniată și legătura care s-a stabilit între jurisprudență și activitatea normativă a statului. Chiar dacă, raportat la sistemul nostru de drept (de tip continental), în literatura de specialitate în mod constant s-a refuzat a se recunoaște jurisprudenței românești rolul de izvor de drept, trebuie observat faptul că în cazuri particulare identificarea necesității de normare a anumitor relații sociale a fost sesizată de către instanțele de judecată, iar ulterior legea a preluat ca atare instituțiile juridice astfel cum au fost configurate în timp de practica judecătorească. Având ca sursă de inspirație Codul civil francez, vechiul Cod civil a fost tributar acestuia și nu prevedea reglementarea expresă a anumitor instituții juridice, cum ar fi îmbogățirea fără justă cauză sau dreptul de retenție¹⁸⁾.

Un exemplu al jurisprudenței românești actuale vizează instituția dreptului de retenție. Referitor la aceasta, autorul Marin Voicu arată în teza sa de doctorat: „Apare deci ideea de retenție ca un mijloc de autoapărare exercitat în condiții specifice ținând seama de interesul legiuitorului de a reglementa aceste raporturi de mai mică importanță. Prin urmare, dreptul de retenție a fost la origine un mijloc de autoapărare a unui interes exercitat prin intermediul unui bun care aparține debitorului”. Același autor mai arată că „doctrina și jurisprudența au desprins din economia textelor, atâtea câte au existat, fundamentul juridic și principiile care să legitimeze instituția dreptului de retenție, cât și modurile sale de aplicare, având drept suport echitatea - marele îndreptar al dreptului în general”¹⁹⁾.

Un efect al jurisprudenței, ca izvor de drept, jurisprudență care a recunoscut instituția juridică a dreptului de retenție, în noul Cod civil (Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în Monitorul Oficial nr. 505 din 15 iulie 2011), este acela că se reglementează distinct această instituție în art. 2.495-2.499. Astfel, dreptul de retenție este definit în art. 2.495 alin. (1) după cum urmează: „Cel care este dator să remită sau să restituie un bun poate să îl rețină cât timp creditorul nu își execută obligația sa izvorâtă din același raport de drept sau, după caz, atât timp

¹⁶⁾ Pentru o analiză detaliată a deciziei a se vedea O.C. Niemesch, *Hotărârea prealabilă pentru dezlegarea unor chestiuni de drept - măsură de prevenire a practicii judiciare neunitare. Decizia nr. 1/2014 privind dezlegarea unor chestiuni de drept*, în Revista Română de Jurisprudență nr. 3/2014, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 194-198.

¹⁷⁾ I. Grigore-Rădulescu, *op. cit.*, p. 73.

¹⁸⁾ O.C. Niemesch, *Evoluția unor instituții juridice de la practica judecătorească la reglementarea în noul Cod civil*, în volumul Rolul Europei într-o societate polarizată, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 690.

¹⁹⁾ M. Voicu, *Dreptul de retenție*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 30-31.

cât creditorul nu îl despăgubește pentru cheltuielile necesare și utile pe care le-a făcut pentru acel bun ori pentru prejudiciile pe care bunul i le-a cauzat”.

În România, judecătorul se supune legii și, în activitatea sa, el aplică normele de drept. Interpretarea legii, așa cum o face magistratul, trebuie să fie adaptată realității imediate și trebuie să reprezinte o sursă de inspirație pentru puterea legislativă, fapt care confirmă opinia personală referitoare la caracterul jurisprudenței de „izvor de drept ajutător” în sistemul nostru normativ.

Obligat să țină cont de toate aceste surse de drept, interne și europene, judecătorul este confruntat uneori cu probleme de interpretare a legii, de alegere corectă a normei aplicabile în cazul dat. Acesta este motivul pentru care câteva legi fundamentale au fost revizuite, legile naționale au fost adaptate la legile comunitare și doctrina face eforturi considerabile pentru a soluționa anumite probleme ridicate de practica integrării, care are tendința de a avansa mai rapid decât teoria integrării²⁰⁾.

În fapt, Codul civil elvețian statuează încă la primul articol că, în lipsa unei dispoziții legale aplicabile, judecătorul se pronunță conform normelor pe care le-ar stabili dacă ar fi legiuitor.

Ordinea juridică²¹⁾ a fiecărui stat presupune nu numai existența independentă a diferitelor izvoare de drept, creatoare de norme juridice, ci și interacțiunea lor și, practic, realizarea dreptului.

Într-o formulare cuprinzătoare profesorul Jean-Louis Bergel afirmă „Nimeni nu-și poate imagina că judecătorul poate fi indiferent față de lege, doctrină sau practică, nici că legiuitorul ignoră doctrina sau jurisprudența, nici că doctrina se dezinteresează de lege sau jurisprudență. ... Există o comunitate juridică care, dincolo de diferențele ei interne, colaborează la crearea, aplicarea și evoluția dreptului și în sânul căreia se exercită influențe reciproce”²²⁾.

Din perspectiva analizei practicii judiciare ca izvor de drept trebuie evocat și controlul jurisdicțional al legalității actelor administrative sub forma acțiunii directe (care presupune anularea actului ilegal sau obligarea autorității publice la adoptarea unei conduite prescrise de lege) și calea acțiunii indirecte, adică a excepției de nelegalitate (aceasta având ca scop doar înlăturarea unui act administrativ unilateral din soluționarea unui litigiu judecătoresc).

Pornind de la reglementarea acestora din art. 18 și 23 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 1154 din 7 decembrie 2004, se reține faptul că soluțiile pronunțate în contenciosul subiectiv și cele asupra excepției de nelegalitate au caracter individual, producând efecte inter partes, pe când hotărârile pronunțate în acțiunile în contencios obiectiv prin care s-au anulat acte administrative normative au caracter erga omnes, fiind general obligatorii.

²⁰⁾ G. Vrabie, *op. cit.*, p. 113.

²¹⁾ E. Ciongaru, *Elements of Legal Orders*, in Volume of Lumen International Conference Logos Universality Mentality Education Novelty, LUMEN Conference 2013 - second edition with theme „Tradition and Reform”, Medimond S.R.L. - Monduzzi Editore International Proceedings Division, Bologna, Italy, 2013, p. 89-92.

²²⁾ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1989, p. 67.

În final, precizăm că de-a lungul timpului și jurisprudența a jucat un rol foarte important, alături de cutumă, în planul izvoarelor de drept.

Concluzii

Jurisprudența UE reprezintă în România un element care influențează fenomenul juridic național, atât din punct de vedere instituțional, dar și normativ. În prezent părerile sunt împărțite în a aprecia jurisprudența CEDO și CJUE ca adevărate izvoare de drept. În opinia autorului, însă, jurisprudența CJUE și CEDO constituie o adevărată sursă de drept câtă vreme practicienii dreptului, chemați să aplice și să interpreteze regula de drept, au în vedere deciziile mai sus evocate, mai mult decât atât, din ce în ce mai multe hotărâri judecătorești sunt pronunțate în lumina deciziilor CEDO și CJUE.

REPERE PRIVIND CONCEPTUL DE AUTONOMIE LOCALĂ

*Conf. univ. dr. Tudor PAȘCANEANU
Vice-director Institutul de Creație Legislativă și
Drept Comparat, Municipiul Chișinău, Republica Moldova*

§ Marks on the concept of local autonomy

Abstract

The notion of autonomy emerged in the context of issues of administrative organization, as a principle indissolubly linked to administrative decentralization system.

Local autonomy is characterized by recognition by the Constitution of the wide powers of territorial units: region, province, county, town, commune who are headed by groups elected by vote of all citizens, regardless of nationality, level of culture, ethnicity or language. These local authorities are political establishments of residents who are in their territorial boundaries.

Keywords: *autonomy, Constitution, political establishments of residents, authorities.*

Noțiunea de autonomie locală a apărut în contextul problemelor de organizare administrativă, ca un principiu indisolubil legat de sistemul descentralizării administrative.

Într-adevăr, autonomia locală a fost unanim recunoscută în literatura juridică din perioada interbelică ca un principiu ce stă la baza descentralizării administrative¹⁾.

Deși în doctrina actuală a dreptului administrativ nu s-a conturat o accepțiune general încetățenită a acestei noțiuni, ea este frecvent folosită ca un principiu organizatoric, atât în limbajul politic, cât și în cel juridic.

La scară europeană, conceptul de autonomie locală a fost definit de Carta europeană a autonomiei locale, adoptată în 1985 la Strasbourg și redactată din inițiativa Conferinței permanente a puterilor locale și regionale din Europa.

Articolul 3 al Cartei europene a autonomiei locale definește în felul următor conceptul de autonomie locală:

¹⁾ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, L.S.R.C., Paris, 1921, p. 109; R. Bonard, *Précis de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1935, p. 274-276; P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ* vol. I, Institutul de Arte Grafice „E. Mărvan”, București, 1934, p. 127; A. Teodorescu, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Ed. Mărvan, București, 1935, p. 285; E.D. Tarangul, *Tratat de drept administrativ român*, Tipografia Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1944, p. 78.

Prin autonomie locală se înțelege dreptul și capacitatea efectivă pentru colectivitățile locale să reglementeze și să administreze, în cadrul legii, sub propria lor răspundere și în interesul populației lor, o parte importantă a treburilor publice.

Acest drept se exercită de consilii sau adunări, compuse din membri aleși prin vot liber, secret, egal, direct și universal, care pot dispune de organe executive care răspund în fața lor. Această dispoziție nu prejudiciază recurgerea la adunări cetățenești, referendum sau orice altă formă de participare directă a cetățenilor, acolo unde aceasta este permisă de lege²⁾.

Conceptul de autonomie locală, definit astfel, reprezintă un etalon pentru administrațiile publice locale moderne.

În acest sens, autorul Eugen Popa arată că scopul Cartei este acela de a identifica puncte comune de definire a autonomiei locale pentru toate statele, în vederea realizării în Europa a unui corp democratic comun, propice relațiilor de colaborare interstatale. Din acest punct de vedere, documentul este unul de natură politică, fiind rezultatul unor negocieri și decizii politice, dar și de semnificație juridică, în măsura în care conține norme ce vor orienta legislațiile statelor semnatare în definirea și aplicarea unitară a acestui principiu³⁾.

În contextul preocupărilor pentru autonomia locală la nivel european, prof. Ioan Vida subliniază că, în evoluția comunității europene, autonomia locală reprezintă un principiu codificat care dă expresie descentralizării administrative și impune cu putere imperativă implementarea acestuia cu respectarea unor reguli precise. Autonomia locală se asociază cu stabilirea unui statut distinct al colectivităților locale, al autorităților acestora, în raport cu administrația de stat și cu autoritățile care exercită funcțiile acesteia în unitățile administrativ-teritoriale⁴⁾.

În legătură cu sfera și conținutul noțiunii de autonomie locală sunt necesare unele precizări.

Cuvântul „autonomie” derivă din limba greacă veche, în care prefixul *auto* = singur, de la sine, independent, iar *nomos* = lege. Prin urmare, în sens etimologic, prin noțiunea de autonomie urmează să se înțeleagă libertatea (dreptul) de a se guverna prin propriile sale legi. Raportându-ne la poziția în stat a diferitelor colectivități umane aflătoare pe teritoriul lui, ele vor putea fi considerate autonome în cazul în care vor fi în situația de a adopta norme juridice în condiții de independență față de autoritatea publică centrală⁵⁾.

²⁾ Article 3 - Concept de l'autonomie locale

1) Par autonomie locale, on entend le droit et la capacité effective pour les collectives locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques.

2) Le droit est exercé par les conseils ou assemblées composés de membres élus au suffrage libre, secret, égalitaire, direct et universel et pouvant disposer d'organes exécutifs responsables devant eux. Cette disposition ne porte pas préjudice au recours aux assemblées de citoyens, au référendum ou à toute autre forme de participation directe des citoyens là où elle est permise par la loi.

³⁾ E. Popa, *Drept administrativ*, Ed. Servo-Sat, Arad, 2000, p. 17.

⁴⁾ I. Vida, *Puterea executivă și administrația publică*, Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 1994, p. 22.

⁵⁾ T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții publice*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, vol. II, p. 337.

În dreptul privat, cuvântul „autonomie” se folosește într-un alt sens. În această ramură a dreptului se întâlnește noțiunea „autonomia de a voi” sau „autonomie de voință” care este înțeleasă ca „o libertate de a face acte juridice (libertatea contractuală)”⁶⁾ sau „capacitatea de a încheia acte juridice”⁷⁾.

În dreptul public, aceeași noțiune are un sens mai larg. Așa cum s-a arătat, noțiunea de autonomie locală, în doctrina juridică a dreptului public, a fost concepută ca un principiu ce stă la baza descentralizării administrative.

Data fiind că această noțiune, în plan juridic, este folosită în cadrul unor reglementări normative în calitate de principiu de drept, înainte de toate, se impune să se precizeze noțiunea de „principiu al dreptului”.

Cuvântul „principiu”, din punct de vedere etimologic, este de origine latină, derivând din termenul „principium” care avea înțelesul de: izvor primordial, început, cauză primară sau punct de plecare. Prin evoluție, cuvântul „principiu” dobândește și accepțiunea de: element fundamental, temei, idee, lege sau normă de bază a unei existențe⁸⁾.

În literatura juridică, noțiunea de „principiu” s-a definit ca: „atât un fundament al sistemului de drept, cât și o modalitate de coordonare a normelor juridice în jurul unor idei călăuzitoare”⁹⁾.

Ceea ce în vocabularul român se desemnează prin autonomie locală, în vocabularul englez are corespondentul de „selfgovernment” sau „local government”, în cel francez „decentralisation”, iar în cel german „Selbstverwaltung”.

În fond toate acestea indică principiul ce stă la baza descentralizării administrative.

La rândul ei, descentralizarea administrativă reprezintă modul de organizare administrativă compatibilă cu regimul politic democratic.

Pentru o înțelegere corectă a rolului principiului autonomiei locale, în cadrul descentralizării administrative, unele precizări în legătură cu evoluția istorică a descentralizării administrative sunt necesare.

Astfel, descentralizarea administrativă, în special cea teritorială, a fost considerată ca o organizare administrativă ce decurge în mod logic din organizarea democrației individualiste, fiind o condiție necesară pentru existența acestei forme de guvernământ¹⁰⁾.

În evoluția sa, democrația individualistă, bazată pe principiul suveranității naționale și pe cel al drepturilor și libertăților individuale, a avut un larg răsunset în gândirea secolului al XVIII-lea. Aceste principii au reprezentat, după cum subliniază prof. E.D. Tarangul, principalii piloni ai dreptului administrativ¹¹⁾.

În practică, regimul democratic a fost instituit ca urmare a evenimentelor intervenite în viața constituțională atât în Franța și SUA, cât și într-o serie de state din Europa pe la sfârșitul secolului al XVIII-lea.

⁶⁾ A se vedea L. Pop, *Dreptul civil (teoria generală a obligațiilor)*, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1994, p. 30-35.

⁷⁾ A se vedea E. Lupan, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 1999, p. 204 și urm.

⁸⁾ A. Sida, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. Augusta, Timișoara, 1997, p. 68.

⁹⁾ Gh. Boboș, *Teoria generală a statului și dreptului*, Ed. Didactică și Pedagogică, București 1983, p. 186.

¹⁰⁾ Pe larg: E.D. Tarangul, *Descentralizarea administrativă în statele totalitare și autoritare*, Tipografia Alexandru Țerec, 1940, p. 3.

¹¹⁾ E.D. Tarangul, *Tratat., op. cit.*, p. 5 și urm.

În esență, aceste evenimente au fost marcate de revoluțiile care au urmat în sânul societăților, rezultate din luptele împotriva absolutismului monarhic.

Ideea potrivit căreia asigurarea din partea statului a unei libertăți comunităților rurale, precum și orașelor în rezolvarea unor interese comunitare (locale) era indispensabilă unei organizări administrative democratice¹²⁾. Aceasta pentru că libertatea unei colectivități locale de a-și administra de sine stătător problemele de interes local este cronologic anterioară statului.

În această ordine de idei, în doctrina română, vorbindu-se despre principiul autonomiei locale, s-a arătat că: „aparitia acestei vieți administrative locale a precedat cu mult pe aceea a celei generale, pentru că în ordinea istorică a lucrurilor comuna cu nevoile ei proprii a apărut înainte de nașterea Statului cu marile lui interese și probleme”¹³⁾.

Totodată, ca realitate juridică, autonomia locală a variat și variază după mai mulți factori, între care: a) tradiția istorică; b) cadrul geografic; c) resursele economice; d) gradul de instrucție civică și politică al cetățenilor; e) stadiul atins de reglementările naționale și internaționale¹⁴⁾.

În paralel, în doctrina juridică franceză s-a încetățenit teoria serviciului public ca urmare a practicii tribunalelor administrative începând cu a doua jumătate a secolului al XIX-lea¹⁵⁾.

Trebuie amintit, de asemenea, faptul că dreptul comunităților locale de a-și rezolva interesele proprii fără amestecul autorităților centrale ale statului, precum și noțiunea „serviciului public”, au fost supuse în același timp influenței doctrinelor economico-politice: școala individualistă liberală și școala etatistă (intervenționistă) de gândire¹⁶⁾.

Școala individualistă liberală, plecând de la concepția că orice intervenție a statului ar putea aduce o îngrădire a libertății individului, ajunge la ideea reducerii la minimum a acțiunilor și atribuțiilor statului în viața colectivităților locale. Una din formulele principale ale acestei școli era: „laissez faire, laissez passer”.

Pe de altă parte, școala de gândire etatistă afirmă contrariul, cerând o mărire a acțiunilor și a atribuțiilor statului în toate domeniile de activitate, inclusiv, reducerea până la minimum a drepturilor colectivităților locale de a-și rezolva unele interese locale.

Statele, care n-au deviat prea mult de la principiile liberale și democratice, adică au așezat la temelie sistemelor lor de administrație publică locală descentralizarea administrativă, au cunoscut evoluții semnificative.

Din perspectivă europeană, respectivele evoluții fac parte din premisele aflate în vizorul viitoarei organizări politice a continentului, inclusiv în cadrul constituțional ce-și propune să reglementeze construcția europeană¹⁷⁾.

¹²⁾ Pe larg: F. Burdeau, *Histoire de l'administration française, Montchrestien*, 1989, p. 33 și urm.

¹³⁾ A. Teodorescu, *op. cit.*, vol. II, p. 285.

¹⁴⁾ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, București, 2002, p. 530.

¹⁵⁾ Pe larg: T. Drăganu, *Introducere în teoria și practica statului de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1992, p. 150 și urm.

¹⁶⁾ Pentru amănunte: E.D. Tarangul, *Tratat...*, *op. cit.*, p. 19; V. Popa, I. Munteanu, V. Mocanu, *De la centralism spre descentralism*, Ed. Cartier, Chișinău, 1998, p. 8 și urm.

¹⁷⁾ A se vedea A. Iorgovan, *op. cit.*, vol. II, p. 530.

Trebuie observat că principiul descentralizării sau ideea de autonomie locală lasă deschise o serie de probleme care preocupă doctrina juridică.

Una dintre aceste probleme are ca obiect definirea noțiunii de interese locale, dat fiind că statul recunoaște în cadrul autonomiei locale categoria intereselor locale, distincte de cele naționale.

În practică, se arată în literatura juridică¹⁸⁾, o delimitare categorică între treburile de interes local și cele de interes general este de foarte multe ori greu de făcut. Aceasta pentru că, subliniază prof. Tudor Drăganu, interesul public general nu este altceva decât o rezultată a ansamblului intereselor publice locale, pe care le înglobează și le amalgamează¹⁹⁾.

La rândul ei, preocuparea arătată mai sus dă naștere unei alte probleme, ce frământă doctrina juridică. Această problemă apare în legătură cu sfera de competență a colectivităților locale în raport cu competența autorităților centrale, și anume: cine va exercita în condiții optime și convenabile satisfacerea intereselor locale - colectivitățile locale prin autoritățile sale alese sau autoritățile administrative centrale?

Ca răspuns la această întrebare, se pleacă de la ideea că, întrucât interesele locale vizează în primul rând colectivitatea locală însăși, prin urmare pe cetățenii care o compun, este firesc ca ei să fie aceia care să aibă dreptul de a le soluționa, fie direct, fie prin intermediul unor organe alese. De aceea, autoritățile publice centrale vor putea interveni numai atunci când autoritățile publice locale nu vor fi în măsură să le satisfacă în condiții optime și convenabile²⁰⁾.

De fapt, această idee reprezintă substanța principiului subsidiarității la care ne vom referi cu unele precizări.

Conceptul de subsidiaritate își are originea în doctrina socială a bisericii care are în vedere organizarea relațiilor între diferitele grupuri sociale și afirmă principiul conform căruia colectivitățile mari nu trebuie să intervină la nivelul colectivităților mici decât în probleme ce pot fi mai bine soluționate la eșalonul superior, cu alte cuvinte „centrul” nu intervine decât de o manieră subsidiară în raport cu colectivitățile de bază²¹⁾.

În literatura politică se arată că ideea de subsidiaritate privește rolul autorității în general, și nu numai al autorității statului. Ea postulează principiul că, în societate, nicio autoritate nu trebuie să depășească sfera sa de competență. Aceasta este limitată prin competențele autorității zisă inferioară - nu ca valoare, ci ca întindere și putere. O autoritate oarecare nu trebuie să se exercite decât pentru a remedia insuficiența unei autorități componente. Dacă această insuficiență este dovedită, autoritatea superioară are nu numai dreptul, ci și datoria de a interveni²²⁾.

În ceea ce privește aplicarea principiului subsidiarității, în plan juridic, în

¹⁸⁾ T. Drăganu, *Drept...*, op. cit., vol. II, p. 33.8

¹⁹⁾ *Idem*, p. 338.

²⁰⁾ *Ibidem*, vol. II, p. 339; J. Baguenard, *La décentralisation*, P.U.F., Paris, 1980, p. 19-40.

²¹⁾ Pe larg: I. Jinga, *Uniunea Europeană, realități și perspective*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 93-94; E. Popa, *Corelarea principiului autonomiei locale cu alte principii de drept*, Ed. Servo-Sat, Arad, p. 27-45; Ch. Milion Delsol, *Statul subsidiar*, Ed. Efes, Cluj-Napoca, p. 7 și urm.

²²⁾ Ch. Milion Delsol, op. cit., p. 7.

doctrină părerile nu au fost întotdeauna aceleași. De exemplu, în doctrina franceză, unii autori sunt reticenți în această privință și declară că principiul subsidiarității, din punct de vedere juridic, este „incompatibil” cu ordinea constituțională franceză²³⁾.

Prin urmare, apar o serie de întrebări în legătură cu ideea de autonomie locală, cum ar fi: 1) Ce este autonomia locală? 2) În ce condiții există? 3) Când și în ce condiții încetează? - ale căror răspunsuri rămân a fi discutabile în doctrina juridică.

În schimb, importanța principiului autonomiei locale rămâne indiscutabilă, așa cum rezultă din consacrarea lui la nivel european de către Carta europeană a autonomiei locale.

În acest context, trebuie amintită opinia lui Alexis de Tocqueville care sublinia că „Instituțiile comunale înseamnă pentru libertate ceea ce înseamnă școlile primare pentru știință, ele o aduc la îndemâna poporului, ele îl obișnuiesc să o folosească și îl învață să-i guste binefacerile. O națiune poate să-și instaureze o formă de guvernare liberă, dar fără instituții comunale ea nu poate dobândi spiritul de libertate”²⁴⁾.

În art. 109 alin. (1) din Constituția Republicii Moldova din 1994 și, respectiv, în art. 3 alin. (1) din Legea privind administrația publică locală, nr. 436-XVI din 28 decembrie 2006 se arată că administrația publică locală în unitățile administrativ-teritoriale se întemeiază pe principiile autonomiei locale, ale descentralizării serviciilor publice, ale eligibilității autorităților administrației publice locale și ale consultării cetățenilor în problemele locale de interes deosebit.

Trebuie observat că aplicarea acestor principii nu poate afecta caracterul de stat unitar și indivizibil al statului²⁵⁾.

Conceptul de autonomie locală este stabilit în art. 1 din Legea privind descentralizarea administrativă, nr. 435-XVI din 28 decembrie 2006. Astfel, prin autonomie locală se înțelege dreptul și capacitatea efectivă a autorităților publice locale de a reglementa și gestiona, în condițiile legii, sub propria lor responsabilitate și în interesul populației locale, o parte importantă din treburile publice.

Comparând acest text cu cel similar din art. 3 din Carta europeană pentru autonomie locală, observăm că ele diferă. Astfel, Carta europeană pentru autonomie locală arată că autonomia locală este recunoscută colectivităților locale, iar nu autorităților administrative ale acestora, așa cum precizează Legea nr. 435-XVI din 28 decembrie 2006. De aceea, aceste autorități publice nu pot acționa în nume propriu, ci în numele colectivităților locale care le-au ales.

Autoritățile administrației publice locale prin care se realizează autonomia locală în sate (comune), orașe (municipii) sunt consiliile locale, ca autorități deliberative, și primării ca autorități executive, iar în raioane sunt consilii raionale, ca autorități deliberative, și președinții de raioane, ca autorități executive. Aceste autorități sunt alese prin votul universal, egal, direct, secret și liber exprimat, cu excepția președinților de raion, care sunt aleși potrivit art. 49 alin. (1) din Legea nr. 436-XVI din 28 decembrie 2006.

²³⁾ Pentru argumente: E. Popa, *Corelarea principiului autonomiei locale cu alte principii de drept*, Ed. Servo-Sat, Arad, 1997, p. 33-35.

²⁴⁾ A. de Tocqueville, *Democrația în America*, vol. I, Ed. Humanitas, București, 1995, p. 107.

²⁵⁾ Articolul 3 alin. (3) din Legea nr. 436-XVI din 28 decembrie 2006, publicată în M. Of. nr. 32-35 din 9 martie 2007.

Aceste dispoziții nu aduc atingere posibilității de a recurge la consultarea populației în problemele de importanță deosebită pentru unitatea administrativ-teritorială prin referendum local, organizat în condițiile Codului electoral²⁶⁾.

Textele respective, în redactarea de fond și formă, reproduc aproape în întregime conținutul art. 3 punctul 2 din Carta europeană pentru autonomie locală.

Prin colectivitate locală se înțelege totalitatea locuitorilor dintr-o unitate administrativ-teritorială. Trebuie subliniat că Constituția din 1994, la art. 109 alin. (2) determină sfera și conținutul conceptului de autonomie locală atunci când prevede că autonomia locală privește atât organizarea și funcționarea administrației publice locale, cât și gestiunea colectivităților pe care le reprezintă.

Din examinarea textului rezultă că autonomia locală cuprinde cele trei elemente cumulative evidențiate în doctrină²⁷⁾: organizatoric, funcțional și gestionar.

Organizatoric, autonomia locală se manifestă prin alegerea autorităților administrației publice locale de către populația cu drept de vot care domiciliază în unitatea administrativ-teritorială, prin posibilitatea recunoscută consiliilor locale de a adopta statutul localităților, organigramele și numărul de personal, a organizării serviciilor publice locale și a înființării unor persoane juridice de drept public.

Funcțional, autonomia locală se manifestă, în principal, prin competența largă a autorităților publice locale de a rezolva problemele de interes local.

Gestionar, autonomia locală se manifestă prin aprobarea unui buget propriu, stabilirea de impozite și taxe locale, gestionarea patrimoniului unității administrativ-teritoriale. Elementul central al autonomiei gestionare este autonomia financiară.

Fundamentul autonomiei locale este autonomia financiară. Descentralizarea financiară înseamnă delimitarea împuternicirilor între Guvernul central și autoritățile locale, punerea la dispoziția autorităților locale a veniturilor necesare pentru exercitarea funcțiilor ce le revin, stabilitatea financiară a fiecărui teritoriu. Fiecare unitate administrativ-teritorială are dreptul, în cadrul politicilor economice naționale, la deținerea autonomă și liberă a unor resurse proprii suficiente, de care pot dispune în mod liber în exercitarea atribuțiilor lor²⁸⁾.

Revenind la consacrarea descentralizării administrativ-teritoriale, prin recunoașterea caracterului autonom al colectivităților locale din punct de vedere organizatoric, funcțional și gestionar, se pune problema raporturilor dintre autoritățile autonome locale și cele centrale. Aceste raporturi au fost calificate ca fiind de tutelă, conținutul conceptului fiind diferit în funcție de evoluția istorică.

În momentul de față legiuitorul moldovean a abandonat concepția tutelei administrative exercitate de organele centrale asupra autorităților autonome locale, înlocuind-o cu concepția modernă a controlului administrativ²⁹⁾.

²⁶⁾ Articolul 8 din Legea nr. 436-XVI din 28 decembrie 2006, publicată în M. Of. nr. 32-35 din 9 martie 2007.

²⁷⁾ Asupra elementelor cumulative ale autonomiei: E. Popa, *Autonomia locală în România*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 45 și urm.

²⁸⁾ A. Potîngă, S. Botnaru, *Rolul autonomiei locale sub aspect financiar*, în *Lege și viață* nr. 9/2008, p. 55.

²⁹⁾ Capitolul 9 din Legea nr. 436-XVI din 28 decembrie 2006, publicată în M. Of. nr. 32-35 din 9 martie 2007.

RĂSPUNDEREA JURIDICĂ PENTRU PREJUDICIILE CAUZATE PRIN ACTIVITĂȚI CARE IMPLICĂ ORGANISME MODIFICATE GENETIC

Asist. univ. dr. Maria-Cristina PETRE
Facultatea de Drept
Universitatea din București

§ Legal liability for damages caused by activities involving genetically modified organisms

Abstract

In an age when the discoveries of science and technology make their presence felt ever more significantly, often bringing not just advantages, but also causing consequences that are not always positive, it is natural to be concerned with providing the adequate legal framework to ensure that those who carry out activities that involve certain risks shall be held accountable.

The category of such activities also includes those involving genetically modified organisms, this scientific endeavour focusing on the approach of the issue of legal liability for damages caused by such activities.

Keywords: liability, damage, genetically modified organism.

Organismele modificate genetic sunt definite de legislația cadru în domeniul protecției mediului ca reprezentând orice organisme, cu excepția ființelor umane, în care materialul genetic a fost modificat printr-o modalitate ce nu se produce natural prin împerechere și/sau recombinare naturală¹⁾, fiind incluse de legiuitorul român în categoria elementelor de mediu²⁾.

Datorită naturii și importanței riscurilor cunoscute și potențiale asociate organismelor modificate genetic au fost depuse diligențe pentru stabilirea unui regim special de reglementare a activităților care implică astfel de organisme, incluzând, în mod firesc, aspecte referitoare la răspunderea pentru prejudicii rezultate din asemenea activități³⁾. În scopul asigurării protecției sănătății umane și a mediului,

¹⁾ Art. 2 pct. 46 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 Legea nr. 187/2012, publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

²⁾ Art. 2 pct. 38 lit. a) din O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, cu modificările și completările ulterioare.

³⁾ Cu titlu de exemplu, menționăm: O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic, publicată în M. Of. nr. 435 din 28 iunie

la baza activităților cu organisme modificate genetic se află principiul precauției⁴⁾; strâns legat de principiul prevenirii și derivat din acesta, de care se diferențiază însă sub aspectul incertitudinii riscurilor pe care o anumită activitate o prezintă pentru mediu și sănătatea umană, principiul precauției este consacrat deopotrivă la nivel național, regional și internațional și are importanța menire de a conduce la evitarea producerii de prejudicii care de multe ori pot avea caracter ireversibil.

Legea stabilește necesitatea evaluării riscurilor pe care le pot prezenta organismele modificate genetic asupra sănătății umane și a mediului, fiind necesară determinarea efectelor directe, indirecte, imediate și întârziate ale acestora⁵⁾.

2007, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 247/2009, publicată în M. Of. nr. 472 din 8 iulie 2009, care transpune în legislația națională Directiva 2001/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 martie 2001 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic, care abrogă Directiva Consiliului 90/220/CEE, publicată în JO L 106 din 17 aprilie 2001; O.U.G. nr. 195 din 22 decembrie 2005 privind protecția mediului, cu modificările și completările ulterioare; 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 succesiv, ultima dată prin Legea nr. 249/2013, publicată în M. Of. nr. 456 din 24 iulie 2013 - actul normativ menționat transpune în dreptul intern prevederile Directivei nr. 2004/35/EC a Parlamentului European și a Consiliului privind răspunderea pentru mediul înconjurător în legătură cu prevenirea și repararea daunelor aduse mediului, publicată în JO L 143 din 30 aprilie 2004; Protocolului adițional 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), ratificat de România prin Legea nr. 110/2013, publicată în M. Of. nr. 236 din 24 aprilie 2013 ș.a.

- ⁴⁾ Principiul precauției este expres menționat în O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic, cu modificările și completările ulterioare, în O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, cu modificările și completările ulterioare, dar și în multe alte reglementări interne. Principiul precauției 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.
- ⁵⁾ În Anexa nr. 2 a O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic sunt stabilite principiile de evaluare a riscurilor pe care aceste organisme le prezintă pentru sănătatea umană și mediu, fiind definite specific noțiunii precum: *efecte directe* - efectele principale asupra sănătății umane sau asupra mediului, ca rezultat direct al organismului modificat genetic, ca atare, și care nu apar ca efect al unui lanț de evenimente; *efecte indirecte* - efectele asupra sănătății umane sau asupra mediului, datorate unui lanț de evenimente, prin mecanisme cum ar fi interacțiunile cu alte organisme, transferul de material genetic sau schimbările în utilizare sau în management; *efecte imediate* - efectele asupra sănătății umane sau asupra mediului, care sunt observate în cursul perioadei de introducere a organismelor modificate genetic în mediu. Efectele imediate pot fi directe sau indirecte; *efecte întârziate* - efectele asupra sănătății umane sau asupra mediului, care nu pot fi observate în timpul perioadei de introducere a organismelor modificate genetic, dar devin evidente ca efecte directe sau indirecte într-o etapă ulterioară sau după încheierea introducerii în mediu; *efecte cumulative pe termen lung* - efectele cumulative ale autorizărilor, privind introducerea deliberată în mediu și pe piață, asupra sănătății umane și asupra mediului, *inter alia*, asupra florei și faunei, asupra fertilității solului, asupra descompunerii în sol a materiei organice, asupra lanțului trofic, diversității biologice, sănătății animalelor, precum și la aspectele ce țin de rezistența la antibiotice.

Astfel, O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic stabilește, în art. 5 alin. (2), obligativitatea asigurării unei evaluări corecte a efectelor adverse potențiale asupra sănătății umane și a mediului, care ar putea rezulta, direct sau indirect, din transferul de gene de la organismele modificate genetic către alte organisme, evaluarea trebuind să se realizeze pentru fiecare caz în parte înainte de introducerea în mediu și cu luarea în considerare a naturii organismului introdus și a mediului receptor, precum și a efectelor potențiale cumulative pe termen lung, asociate interacțiunii cu alte organisme modificate genetic și cu mediul înconjurător.

În ipoteza nedorită a producerii unor prejudicii⁶⁾ prin activități cu organisme modificate genetic apare în mod firesc problema răspunderii juridice. Dincolo de sancționarea din tărâmul contravențional sau penal pentru nerespectarea normelor care guvernează desfășurarea activităților cu organisme modificate genetic și fără a intra în problematica răspunderii civile delictuale clasice⁷⁾, prezenta lucrare vizează o scurtă analiză a unor reglementări cu incidență în domeniu.

În conformitate cu dispozițiile art. 68 din O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic, cu modificările și completările ulterioare, răspunderea pentru prejudicii aduse mediului și remedierea unor astfel de prejudicii, cauzate prin activități cu organisme modificate genetic, se realizează potrivit legislației în vigoare, naționale, a Uniunii Europene și internaționale.

Reglementarea cadru națională privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului⁸⁾ - care transpune în dreptul intern directiva cadru în materie⁹⁾ - include activitățile care implică organisme modificate genetic în categoria celor pentru care răspunderea este obiectivă¹⁰⁾, ceea ce înseamnă că răspunderea pentru prejudicii rezultate din menționatele activități se bazează pe riscul pe care acestea îl prezintă, persoana care desfășoară astfel de activități fiind ținută să răspundă independent de culpă; pentru a interveni răspunderea pe un asemenea tărâm este necesară dovedirea legăturii de cauzalitate între activitatea cu organisme modificate genetic și prejudiciul suferit, dincolo de existența sau inexistența vinovăției persoanei care desfășoară astfel de activități.

⁶⁾ Pentru o analiză detaliată a noțiunii de *prejudiciu de mediu* a se vedea M.C. Petre, *Prejudiciul de mediu în lumina legislației actuale*, în *Revista de științe juridice*, vol. 24, nr. 2/2013, Ed. Universul Juridic, București, p. 226 și urm.

⁷⁾ Pentru o analiză detaliată a răspunderii civile a se vedea L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vida, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 377 și urm., I. Dogaru, P. Drăghici, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 284 și urm., L.R. Boilă în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. coordonată de Fl.-A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1399 și urm., ș.a.

⁸⁾ O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu modificările și completările ulterioare.

⁹⁾ Directiva nr. 2004/35/EC a Parlamentului European și a Consiliului privind răspunderea pentru mediul înconjurător în legătură cu prevenirea și repararea daunelor aduse mediului, publicată în JO L 143 din 30 aprilie 2004.

¹⁰⁾ Anexa nr. 3 din O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu modificările și completările ulterioare.

Fiind în domeniul de aplicare al O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, răspunderii pentru prejudiciile rezultate din activități care implică organisme modificate genetic îi sunt deopotrivă aplicabile dispozițiile din actul normativ evocat privind competențele, măsurile preventive și reparatorii, dreptul la acțiune, suportarea și recuperarea costurilor ș.a.

Datorită implicațiilor transfrontaliere ale activităților cu organisme modificate genetic, la nivel internațional a fost încheiat Protocolul adițional Nagoya-Kuala Lumpur privind răspunderea și repararea prejudiciului, 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.

Părțile la protocolul menționat își propun ca, prin stabilirea în cuprinsul respectivului instrument juridic internațional a unor norme și proceduri internaționale în domeniul răspunderii pentru prejudicii rezultate din activități cu organisme vii modificate genetic, să contribuie la conservarea și utilizarea durabilă a diversității biologice, luând, totodată, în considerare riscurile pentru sănătatea umană.

Protocolul adițional se aplică prejudiciului datorat organismelor vii modificate genetic, care își au originea într-o mișcare transfrontalieră, dacă prejudiciul s-a produs în zonele situate în limitele jurisdicției naționale a părților, indiferent dacă mișcările transfrontaliere sunt neintenționate, intenționate sau ilegale.

Menționatul protocol aduce în peisajul juridic internațional o definiție specifică prejudiciului, stabilind că acesta reprezintă un efect advers asupra conservării și utilizării durabile a diversității biologice, luând, de asemenea, în considerare riscurile pentru sănătatea umană, efect advers care trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele cerințe:

- a) să fie măsurabil sau observabil, luând în considerare, ori de câte ori sunt disponibile, condițiile inițiale stabilite științific și recunoscute de către autoritatea competentă, care trebuie să țină seama de orice variații de origine naturală sau produse de om;
- b) să fie semnificativ. Caracterul semnificativ al unui efect advers se determină pe baza unor factori cum sunt: modificarea pe termen lung sau permanentă, respectiv o modificare care nu permite revenirea la normal prin refacere naturală, într-o perioadă de timp rezonabilă; amploarea modificărilor calitative sau cantitative care afectează în mod negativ elementele componente ale diversității biologice; reducerea capacității elementelor componente ale diversității biologice de a genera bunuri și servicii; amploarea oricărui efect advers asupra sănătății umane, în contextul Protocolului.

Referitor la persoana chemată să răspundă pentru prejudicii aduse sănătății umane și mediului prin activități care implică organisme modificate genetic, O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic stabilește regula generală potrivit căreia orice persoană care produce organisme modificate genetic sau desfășoară activități de introducere deliberată în mediu și/sau de introducere pe piață sau de import, export, tranzit sau depozitare, manipulare sau transport al acestora sau a unei combinații de asemenea organisme,

ca atare sau componentă/e a/ale unui produs este răspunzătoare, conform legislației în vigoare, pentru orice prejudiciu adus persoanelor, proprietății, mediului și sănătății umane, ca urmare a acestor activități¹¹⁾.

În conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, 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 financiar¹²⁾. Prin *operator*, în înțelesul acestui act normativ, 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 activitate¹³⁾.

În schimb *operator*, în reglementarea dată de O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate, înseamnă orice persoană juridică autorizată care desfășoară activități ce implică organisme modificate genetic¹⁴⁾.

Protocolul adițional Nagoya-Kuala Lumpur aduce, la rândul său, o definiție proprie noțiunii de *operator*, acesta fiind orice persoană care deține controlul direct sau indirect asupra organismului viu modificat genetic, după caz, și care ar putea, în conformitate cu dreptul intern, să includă, între alții, titularul autorizației, persoana care a introdus pe piață organismul viu modificat genetic, cercetătorul, producătorul, notificatorul, exportatorul, importatorul, transportatorul sau furnizorul¹⁵⁾.

Practic, cea mai strictă definiție pentru noțiunea de *operator* este oferită, în cadrul reglementărilor abordate, de O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate, însă consider că legiuitorul român nu a intenționat prin definiția dată noțiunii în discuție prin acest act normativ să restrângă sfera persoanelor chemate să răspundă, ci doar a persoanelor care ar putea să desfășoare, în condițiile legii, activități cu organisme modificate genetic.

Așadar, suportarea costurilor de prevenire și de reparare a prejudiciului rezultat din activități care implică organisme modificate genetic cade, în mod firesc, ca regulă, în sarcina operatorului.

În situația în care prejudiciul asupra mediului/amenințarea iminentă cu un astfel de prejudiciu a fost cauzat/cauzată de mai mulți operatori, aceștia sunt obligați să suporte în mod solidar costurile măsurilor preventive sau reparatorii, așa cum prevede O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, în art. 31.

¹¹⁾ Art. 67 alin. (1) din O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic, cu modificările și completările ulterioare.

¹²⁾ Art. 26 din O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu modificările și completările ulterioare.

¹³⁾ Art. 2 pct. 11 din O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului.

¹⁴⁾ Art. 2 alin. (1) pct. 27 din O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic.

¹⁵⁾ Art. 2 lit. c) din Protocolul adițional Nagoya-Kuala Lumpur.

De altfel, principiul solidarității pasive în cazul pluralității autorilor, alături de caracterul obiectiv al răspunderii pentru prejudiciul adus mediului sunt consacrate ca atare și în reglementarea cadru în domeniul protecției mediului¹⁶⁾.

În vederea reparării prejudiciului, Protocolul adițional Nagoya-Kuala Lumpur stabilește că părțile pot utiliza criteriile stabilite prin legislația lor internă.

Spre deosebire de O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, care prevede distinct măsuri preventive pentru ipoteza amenințării iminente cu un prejudiciu asupra mediului și măsuri reparatorii pentru situația producerii unui asemenea prejudiciu, Protocolul adițional Nagoya-Kuala Lumpur operează cu sintagma *măsuri reparatorii* pentru prevenire, minimizare, acoperire, reducere sau evitare a prejudiciului, după caz¹⁷⁾. Se mai prevede că atunci când informațiile relevante, respectiv informațiile științifice disponibile sau informațiile puse la dispoziție prin mecanismul Biosafety Clearing-House¹⁸⁾ indică faptul că există o probabilitate suficientă de producere a unui prejudiciu, dacă măsurile reparatorii nu sunt luate în timp util, operatorul este obligat să ia măsurile adecvate reparatorii, pentru a evita un astfel de prejudiciu.

Așadar, instrumentul juridic internațional menționat include în noțiunea de *reparator* atât acțiunile reparatorii propriu-zise, cât și acțiunile de prevenire a prejudiciului.

Sub acest aspect, consider că terminologia utilizată de O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu modificările și completările ulterioare, și, implicit, de directiva a cărei transpunere o realizează, este adecvată scopului pe care îl vizează fiecare din cele două categorii de măsuri în parte - preventive și reparatorii, terminologia care se regăsește în protocolul supus analizei fiind în această privință susceptibilă de a crea confuzii.

Protocolul adițional Nagoya-Kuala Lumpur stabilește, ca și reglementarea cadru privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, obligații clare ce revin în situația producerii unui prejudiciu atât operatorului/operatorilor care desfășoară activități cu organisme modificate genetic, cât și autorității competente.

Într-o asemenea situație, părțile solicită operatorului/operatorilor, sub rezerva condițiilor impuse de autoritatea competentă, următoarele: să informeze imediat autoritatea competentă; să evalueze prejudiciul; să adopte măsuri reparatorii adecvate.

La rândul său, autoritatea competentă trebuie să acționeze pentru identificarea operatorului/operatorilor care a/au produs prejudiciul, precum și pentru evaluarea

¹⁶⁾ Art. 95 alin. (1) din O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁷⁾ Tot în categoria măsurilor reparatorii, Protocolul adițional Nagoya-Kuala Lumpur include și măsurile luate pentru a reface diversitatea biologică și care trebuie întreprinse, de preferință, în următoarea ordine: 1) refacerea diversității biologice pentru a o aduce la condițiile existente înainte de producerea prejudiciului sau la un nivel echivalent, cel mai apropiat, dacă autoritatea competentă stabilește că acest lucru nu este posibil; 2) refacerea prin, *inter alia*, înlocuirea pierderii diversității biologice cu alte componente ale acestei diversități biologice, pentru același sau pentru un alt tip de utilizare, la aceeași locație ori, după caz, la o altă locație.

¹⁸⁾ Mecanismul internațional de schimb de informații în domeniul biosecurității, stabilit prin Protocolul de la Cartagena privind biosecuritatea.

prejudiciului și stabilirea măsurilor reparatorii care ar trebui să fie luate de către operator/operatori¹⁹⁾. Autoritatea competentă poate pune în aplicare ea însăși măsurile reparatorii corespunzătoare, caz în care i se recunoaște dreptul de regres pentru recuperarea costurilor efectuate.

În privința cauzelor exoneratoare de răspundere, Protocolul adițional Nagoya-Kuala Lumpur stabilește că părțile pot să prevadă în dreptul lor intern ca fiind astfel de cauze următoarele: situațiile necontrolabile, având caracter excepțional, situațiile de forță majoră, conflictele armate sau tulburările civile, precum și orice alte situații pe care le consideră ca fiind potrivite.

O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu modificările și completările ulterioare, prevede că operatorul este exonerat de obligația de a suporta costul acțiunilor preventive sau reparatorii luate, când poate dovedi 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 ori 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 operatorului²⁰⁾.

La rândul său, O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate, cu modificările și completările ulterioare, stabilește drept cauze de exonerare situațiile în care prejudiciul se datorează forței majore sau când o persoană este direct prejudiciată, exclusiv din vina proprie sau din vina unei terțe persoane, rămasă neidentificată²¹⁾.

Din scurta analiză a reglementărilor mai sus evocate, se poate desprinde concluzia conform căreia atât la nivel intern, cât și regional și internațional, au fost depuse eforturi conjugate în vederea asigurării unor repere pentru soluționarea unei probleme deosebit de sensibile precum cea a răspunderii pentru prejudicii cauzate prin activități care implică organisme modificate genetic.

¹⁹⁾ Art. 5 din Protocolul adițional Nagoya-Kuala Lumpur.

²⁰⁾ Art. 27 alin. (1) lit. a) și b) din O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, cu modificările și completările ulterioare.

²¹⁾ Art. 67 alin. (2) din O.U.G. nr. 43/2007 privind introducerea deliberată în mediu a organismelor modificate genetic.

ANGAJAREA RĂSPUNDERII PENTRU CREDITAREA IMPRUDENTĂ

*Asist. univ. dr. Adriana Ioana PÎRVU
Facultatea de Drept și Științe Administrative
Universitatea din Pitești*

§ Commitment of liability for imprudent lending

Abstract

The lending activity developed by the banking institutions is a beneficial one in any market economy. Nonetheless, an imprudent non-supervised lending activity may lead to major financial crises, similar to the one initiated in 2008.

With this article, we want to identify the main characters involved in the imprudent lending process and to what extent they can answer for their guilt. The main character involved in such a process is a collective one, represented by the credit institutions. Pursuing a fast increase of the clientele, they have launched extremely accessible lending products on the market. On short term, the purpose of the credit institutions was reached. On medium and long term, though, the effects of such a policy have been devastating, not only for the credit institutions, but also for the whole financial system.

The credit institutions used the best techniques and methods to promote their products, which led to an unprecedented increase of the banking clientele. Thus, the latter became, not on purpose, one of the actors of the financial crisis initiated. To exonerate themselves, the clientele invoked that the financial institutions used some dishonest means. The lack of economic and financial education of the population cannot remove the banking clientele's guilt, although this is an indisputable reality that was subtly exploited by the credit institutions.

Finally, an imprudent lending policy could not start without the support, wanted or not, of the central bank. BNR [National Bank of Romania] is the one which should analyse and appreciate if the lending policy of a credit institution is prudent or not, or if it is grounded or not. According to its appreciation, BNR can validate or not the lending regulations of the credit institution.

Key words: *imprudent lending, credit institutions, National Bank of Romania, clientele, lending regulations.*

Creditarea responsabilă este o noțiune relativ recent dezvoltată pe plan internațional, după declanșarea crizei financiare din 2008. Creditarea responsabilă presupune o atitudine mai rezervată din partea băncilor în activitatea lor de „vânzare” a produselor financiare. Acestea ar trebui să ia toate măsurile necesare pentru a se asigura că debitorul poate rambursa împrumutul și „accesoriile” acestuia.

Comitetul Economic și Social European definește „consumul responsabil de produse financiare” ca fiind cel care presupune „disocierea dorinței de necesitate”¹⁾.

La nivel european, încă din 2009 a avut loc o consultație publică privind creditarea responsabilă și împrumuturile (*Responsible Lending and Borrowing*) și a fost elaborat, pe această temă, Raportul Grupului de Experti în Istoria Creditului²⁾.

La nivel internațional, creditarea responsabilă se bucură de o amplă recunoaștere, la baza ei situându-se grija pentru protecția consumatorului de produse financiare³⁾. În 2011 Banca Lituaniei a adoptat un Regulament privind creditarea responsabilă⁴⁾. În Noua Zeelandă a fost redactat de către Federația Serviciilor Financiare (*Financial Services Federation*), cu concursul autorităților naționale, un ghid al cărui scop este îmbunătățirea protecției consumatorului de produse financiare și evidențierea anumitor pași pe care băncile ar putea fi interesate să îi urmeze pentru a se asigura că un contract de credit este potrivit pentru un consumator⁵⁾. În Australia, în 2010 a intrat în vigoare National Consumer Credit Protection Act 2009, care sprijină ideea potrivit căreia o instituție de credit nu ar trebui să încheie sau să sugereze încheierea unui contract de credit care nu este potrivit consumatorului⁶⁾.

Conceptul de creditare responsabilă a apărut ca o reacție la un fenomen care a afectat întreaga lume, până nu de mult, respectiv, **creditarea iresponsabilă**, cunoscută și sub numele de „**the misselling of financial products**”. Prin „misselling” se înțelege „acțiunea de a vinde ceva ce nu este potrivit pentru persoana care o cumpără”⁷⁾.

Specialiști în domeniul financiar, dar nu numai ei, au încercat să identifice principalele cauze ce au condus la apariția și dezvoltarea fără precedent a acestui

¹⁾ Punctul 2.3 din Avizul Comitetului Economic și Social European privind educația financiară și consumul responsabil de produse financiare, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011IE1170&from=RO>, accesat în data de 2 martie 2015, ora 19.40.

²⁾ A se vedea http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/credit/responsible_lending/index_en.htm accesat în data de 27 februarie 2015, ora 21.15.

³⁾ Pentru o viziune de ansamblu asupra modului în care se reflectă creditarea responsabilă la nivel internațional, a se vedea Raportul din 2013 al Consumers International (federație a grupurilor de ce vizează drepturile consumatorului), *Responsible lending: An international landscape*, http://www.consumersinternational.org/media/1412472/ciresponsiblelending-finalreport_06-11-13.pdf, accesat în data de 27 februarie 2015, ora 21.10.

⁴⁾ A se vedea https://www.lb.lt/responsible_lending_regulations accesat în data de 27 februarie 2015, ora 20.20.

⁵⁾ A se vedea http://www.fsf.org.nz/Site/Resources/Responsible_Lending_Guidelines.aspx, accesat în data de 27 februarie 2015, ora 20.30.

⁶⁾ A se vedea <http://www.asic.gov.au/regulatory-resources/credit/responsible-lending/>, accesat în data de 27 februarie 2015, ora 21.00.

⁷⁾ <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/business-english/mis-selling>, accesat în data de 28 februarie 2015, ora 09.45.

fenomen. Între aceste au fost enumerate⁸⁾:

- » încurajarea vânzării de produse financiare prin obținerea de comisioane ridicate la vânzare sau stabilirea de „target-uri” foarte ridicate pentru vânzătorii de produse financiare;
- » complexitatea produselor financiare și „asimetria informațiilor”; de cele mai multe ori, clienții nu au înțeles efectiv ce fel de produse au contractat și nu au înțeles problemele pe care produsele achiziționate le puteau genera pe termen lung.

Lipsa cunoștințelor în domeniul clienților și dorința de profituri tot mai mari a vânzătorilor de produse financiare, în principal a băncilor, a condus la „conducerea” voită a clienților spre produse financiare tot mai scumpe și mai nepotrivite.

Deși era de așteptat ca statul să intervină pentru a stăvili acest fenomen, o reacție promptă din partea acestuia a întârziat să apară. Una dintre principalele cauze ale lipsei de acțiune a statului o reprezintă veniturile mari pe care profiturile băncilor le-au generat în viziunea statului.

La nivel european, în 2011 a fost publicat un studiu de impact privind piața creditelor ipotecare din Uniune, în care se subliniază că adesea sunt încălcate condițiile de creditare responsabilă pe piața europeană, parțial datorită necesității ce afectează clientul consumator, în situația în care acesta nu are acces la alte produse mai bune, dar și din cauza practicilor inadecvate ale pieței financiare⁹⁾.

Recent instituțiile de credit au fost suspectate de creditare imprudentă în cazul creditelor acordate în franci elvețieni. Acest aspect a fost subliniat chiar de Comisia Europeană, așa cum rezultă din Avizul Băncii Centrale Europene din 5 iulie 2011, cu privire la o propunere de directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind contractele de credit pentru proprietăți rezidențiale, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, publicat în 18 august 2011¹⁰⁾.

În Avizul Comitetului Economic și Social European privind educația financiară și consumul responsabil de produse financiare, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, în 29 octombrie 2011, pentru a contracara efectele creditărilor iresponsabile, CESE propune soluții ce vizează mai multe aspecte, cum ar fi:

- » înlesnirea accesului efectiv al populației la programe de capacitate financiară, ținându-se cont de obiectivele și interesele fiecărei categorii (pct. 3.7);
- » specificarea riscurilor pe care le implică fiecare operațiune și încercarea de a echilibra asumarea riscurilor, cu atât mai mult cu cât, în ultimul timp, se constată deplasarea tot mai mare a riscului de la prestatorul de servicii financiare către consumator (pct. 5.6);

⁸⁾ În acest sens, a se vedea J. Ashton, *The Persistence and Scope of Financial Mis-selling. A content assessment of regulatory judgements*, p. 11, http://www.business-school.ed.ac.uk/waf/mdb_event/get_file.php?event_file_id=120 accesat în data de 28 februarie 2015, ora 10.15.

⁹⁾ European Commission, *Study on the costs and benefits of different policy options for mortgage credit*, 2011, p. 500, <http://london-economics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/3-Study-on-the-costs-and-benefits-of-different-policy-options-for-mortgage-credit.pdf>, accesat în data de 2 martie 2015, ora 17.00.

¹⁰⁾ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2011.240.01.0003.01. RON, accesat în data de 2 martie 2015, ora 17.50.

- » încurajarea „împrumutului responsabil”, acesta fiind definit în punctul 5.8 al Avizului ca fiind cel „prin care instituția care acordă împrumutul își asumă obligația de a acorda asistență, precum și cea de a evalua solvența actuală și viitoare a consumatorului, potrivit informațiilor furnizate de acesta și prin consultarea propriei baze de date”;
- » înlăturarea dezechilibrului dintre necesitate și produsul achiziționat, care apare în acele situații în care „oferta forțează cererea, profitând de decalajul crescut de cunoștințe, având în vedere decalajul dintre informațiile pe care le dețin vânzătorii și cele de care dispun cumpărătorii de produse financiare” (pct. 6.6);
- » adoptarea unor bune practici pentru intermediarii financiari, în scopul protejării consumatorilor de servicii financiare, prin măsuri de îmbunătățire a calității informațiilor, care să conducă la acordarea de consultanță financiară profesionistă, care să înlesnească alegerea consumatorilor (pct. 6.7).

Directiva 2014/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 februarie 2014¹¹⁾ semnalează, în paragraful (4), apariția unei serii de probleme legate de „practicile iresponsabile de împrumut și de posibilitățile participanților la piață, inclusiv ale intermediarilor de credite și ale instituțiilor nonbancare de a avea un comportament iresponsabil. (...) Respectivele probleme sunt determinate de deficiențele pieței și ale reglementărilor, dar și de alți factori, de exemplu, climatul economic general și nivelul scăzut de cultură financiară. (...) Problemele identificate pot avea efecte colaterale semnificative la nivel macroeconomic, pot fi în detrimentul consumatorilor, pot constitui obstacole economice sau juridice în calea activității transfrontaliere și pot crea condiții de concurență inegale între actorii de pe piață”.

Analizând factorii care determină apariția fenomenului de creditare iresponsabilă ne propunem să evidențiem în ce măsură pot fi trase la răspundere următoarele subiecte de drept: statul, banca centrală, instituția de credit care a oferit serviciile necorespunzătoare, angajatul instituției de credit.

În ce privește **statul**, apreciem că între acesta și instituțiile de credit există o legătură specială. Pe de o parte, așa cum s-a evidențiat în doctrină, „activitatea bancară este un domeniu economic de interes public, hiperreglementat, în care acționează instituții caracterizate prin faptul că, atrăgând fonduri de la public fără o contragaranție determinată, sub forma depozitelor bancare, și deținând puterea de creație monetară *ex nihilo* prin acordarea de credite bancare, reprezintă centri de comandă, influență și informație în economie”¹²⁾. Pe de altă parte, statul s-a bucurat mult timp de o contribuție importantă la veniturile publice din partea instituțiilor de credit, pe vremea când acestea aveau profituri foarte mari. Din aceste rațiuni, statul a înțeles să susțină activitatea instituțiilor de credit.

Deși, din perspectiva capacității lor de a rezista dificultăților financiare băncile erau considerate *too big to fail*, în urma crizelor bancare s-a fundamentat teza *too*

¹¹⁾ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:32014L0017>, accesat în data de 2 martie 2015, ora 20.45.

¹²⁾ L. Bercea, *Intervenția publică asupra sistemului bancar: între „too big to fail” și „too big to let fail”*, în *Dr. Drept bancar. Studii*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 111.

big to let fail, care susține că „băncile sunt corporații cu privire la care există un interes public în sensul susținerii lor, în scopul evitării falimentului, cu argumentul că falimentul unei bănci de anvergură, «relevantă la nivel de sistem», ar antrena mai multe efecte negative decât ar face-o susținerea ei”¹³⁾.

Prin urmare, statul a înțeles să își protejeze cetățenii în mod colectiv, prin susținerea instituțiilor de credit, care deserveșc un interes public, iar nu în mod individual, fapt ce ar fi însemnat să antreneze răspunderea băncilor pentru creditarea iresponsabilă, așa cum se conturează aceasta în temeiul directivelor europene.

Cu toate acestea, apreciem că, în măsura în care, societatea civilă și-ar propune acest lucru, ea ar putea obține angajarea răspunderii statului pentru prejudicii cauzate particularilor prin încălcări ale dreptului Uniunii care îi sunt imputabile¹⁴⁾.

Banca Națională a României, în calitatea sa de bancă centrală a României, ar fi trebuit să poată preveni producerea acestui fenomen indezirabil. De vreme ce, în temeiul acordului Basel II¹⁵⁾, produsele bancare trebuie avizate de banca centrală anterior punerii lor în circulație, apreciem că BNR ar fi avut la dispoziție pârghiile necesare pentru a înfrâna fenomene financiare nefaste, precum „credit cu buletinul” sau mai recentul fenomen generat de creditul în CHF. Apreciem că punerea pe piață a acestor produse și consecințele acestora nu au fost eficient monitorizate de BNR care are, sub acest aspect, o culpă semnificativă.

Apreciem și noi că, deși BNR deține un loc principal între autoritățile publice românești, „acest fapt nu trebuie să conducă la detașarea acestei instituții de sistemul de control judiciar, iar independența sa nu trebuie să poată fi înțeleasă în sensul în care ar putea conduce la izolarea sa de celelalte puteri ale statului, îndeosebi de puterea judecătorească”¹⁶⁾. Interpretarea contrară ar conduce la înțelegerea eronată a noțiunii de independență, atât timp cât acțiunile sau inacțiunile BNR ar putea conduce la prejudicierea instituțiilor de credit, dar nu numai, „fără a exista posibilitatea legală de recuperare a daunelor produse, pe considerentul inadmisibilității acțiunii pe chestiuni de «oportunitate» sau «analiză calitativă»”¹⁷⁾. Prin urmare, cel puțin la nivel teoretic, acțiunile BNR ar putea fi cenzurate pe calea contenciosului administrativ, conform art. 126 alin. (6) din Constituție.

Subiectele de drept cel mai ușor de tras la răspundere rămân instituțiile de credit.

¹³⁾ L. Bercea, *op. cit.*, p. 114, cu trimitere la C. Moyer, R.E. Lamy, *Too big to fail: Rationale, Consequences and Alternatives*, în *Bussines Economics*, vol. 27, nr. 3 din 1992, p. 21.

¹⁴⁾ A se vedea, pe această temă, fără a se face trimiteri directe la creditarea imprudentă, M. Mazilu-Babel, *Despre răspunderea pecuniară a statului pentru nerespectarea dreptului Uniunii și protecția consumatorului de credite garantate ipotecar*, <http://www.juridice.ro/334466/despre-raspunderea-pecuniara-a-statului-pentru-nerespectarea-dreptului-uniunii-si-protectia-consumatorului-de-credite-garantate-ipotecar.html> accesat în data de 3 martie 2015, ora 18.30.

¹⁵⁾ <http://www.bis.org/publ/bcbs107.pdf>, accesat în data de 4 martie 2015, ora 11.15.

¹⁶⁾ I. Sabău-Pop, R.F. Hodoș, *Câteva considerații asupra naturii juridice a răspunderii Băncii Naționale a României în cazul unor norme de ordin tehnic*, în *Revista Transilvană de Științe Administrative* nr. 1 (28)/2008, p. 130.

¹⁷⁾ *Ibidem*. Autorii citați fac trimitere la prevederile art. 275 alin. (3) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, potrivit cărora BNR „este singura autoritate în măsură să se pronunțe asupra considerentelor de oportunitate, a evaluărilor și analizelor calitative care stau la baza emiterii actelor sale”.

Evident, cea mai mare culpă în declanșarea fenomenului de creditare imprudentă le aparține. Întrebarea care se pune este dacă această culpă se împarte între acestea și angajații lor, respectiv vânzătorii de credite.

Apreciem că răspunderea trebuie partajată între instituția de credit și angajații săi, care pot răspunde disciplinar, civil și penal. În practică, cele mai multe acțiuni în justiție vizează directorii de agenții, care, în încercarea de a atinge plafoanele prea sus ridicate de bancă, au aprobat, uneori cu rea-credință, alteori cu prea mare lejeritate, creditele impropriu oferite de către consilierii de credit clienților. Apreciem însă că și consilierii de credit, cei care întocmesc dosarul de credit și care stau în față clientului ar trebui să poată fi trași la răspundere, întrucât ei au posibilitatea de a aprecia mai bine oportunitatea unui credit pentru un anumit client, respectiv puterea acestuia de a rambursa integral și la termenele convenite creditul ce urmează a-i fi acordat.

Analizând aspectele de mai sus, apreciem că scopul nostru a fost atins, în sensul că am atras atenția asupra principalelor personaje implicate în procesul creditării imprudente și asupra măsurii în care pot acestea răspunde pentru culpa lor.

Dorim să precizăm că nu încurajăm prin acest studiu atitudinea culpabilă a clienților care și-au asumat, în mod iresponsabil, obligații pe care nu le mai pot onora, din diverse rațiuni. Credem însă că, ținând cont de realitățile economice și sociale contemporane, individul, în calitatea sa de client de servicii financiare, ar trebui să dețină mai multe mijloace care să îi ofere o protecție adecvată, eficientă, în fața măsurilor economice, financiare, ce deservește mai mult sau mai puțin interesul public.

ASOCIAȚIILE DE DEZVOLTARE INTERCOMUNITARĂ. NATURĂ JURIDICĂ ȘI ATRIBUȚII CU PRIVIRE LA SERVICIILE COMUNITARE DE UTILITĂȚI PUBLICE

Lector univ. dr. *Camelia Raluca VOINEA**
Facultatea de Drept și Științe Sociale
Universitatea din Craiova

§ Intercommunity development associations. Legal and duties related to community services of public utilities

Abstract:

The first part of the present work undertakes an analysis of the legal fundament of cross-community development associations, i.e. legal personality cooperation structures, established by administrative and territorial units for the common achievement of certain local or regional development projects, or for the common supply of public services. Besides the scope and attributions of cross-community development associations with regard to public utility community services, the study details the manner of organisation and functioning of the above mentioned bodies. Likewise, the paper describes the special mandate of cross-community development associations and the acts adopted by these bodies in view of the previously mentioned domain.

Key words: *Cross-community development associations, public utility community services, legal fundament, organization and functioning, scope, special mandate.*

1. Temeiul legal

Asociațiile de dezvoltare intercomunitară sunt recunoscute legal prin art. 1 alin. (2) lit. c) din Legea administrației publice locale nr. 215/2001¹⁾, care statuează că asociațiile de dezvoltare intercomunitară sunt structuri de cooperare cu personalitate juridică, de drept privat, înființate în condițiile legii, de către unitățile administrativ-teritoriale, pentru realizarea în comun a unor proiecte de dezvoltare

* E-mail: rrr_ro2002@yahoo.com.

¹⁾ Legea nr. 215/2001 a fost publicată în M. Of. nr. 204 din 23 aprilie 2001 și republicată în M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007.

de interes zonal sau regional ori furnizarea în comun a unor servicii publice.

În aplicarea dispozițiilor art. 1 alin. (2) lit. c) din Legea-cadru a administrației publice locale, pentru activitățile care au ca obiect serviciile de utilități publice, prin dispozițiile art. 10 din Legea nr. 51/2006 privind serviciile comunitare de utilități publice²⁾, astfel cum a fost modificat 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. 241/2006³⁾, două sau mai multe unități administrativ-teritoriale, în limitele competențelor autorităților deliberative și executive, pot să coopereze și să se asocieze, în condițiile legii, în scopul constituirii unor asociații de dezvoltare intercomunitară având ca obiect furnizarea/prestarea în comun a serviciilor comunitare de utilități publice și înființarea, modernizarea și/sau dezvoltarea, după caz, a sistemelor de utilități publice.

Prin dispozițiile alin. (2) al art. 10 din Legea nr. 51/2006, asociația de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice este definită ca fiind structură de cooperare cu personalitate juridică de drept privat și cu statut de utilitate publică recunoscut prin efectul legii, destinată exercitării și realizării în comun a competențelor autorităților administrației publice locale referitoare la furnizarea/prestarea serviciilor de utilități publice, stabilite în sarcina acestora, potrivit dispozițiilor prezentei legi, ale Legii nr. 215/2001, republicată, și ale Legii-cadru a descentralizării nr. 195/2006⁴⁾.

Aceste asociații de dezvoltare intercomunitară, în accepțiunea art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ⁵⁾, modificată, sunt asimilate autorităților publice de drept privat, care, potrivit legii, au dobândit statutul de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public, dar numai în regim de putere publică, după cum precizează expres această dispoziție legală.

În acest context „asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, înființate prin Legea nr. 51/2006, modificată și completată prin O.U.G. nr. 13/2008⁶⁾, fac parte din categoria stabilimentelor

²⁾ Legea nr. 51/2006 a fost publicată în M. Of. nr. 254 din 21 mar. 2006 și republicată în M. Of. nr. 121 din 5 martie 2013.

³⁾ O.U.G. nr. 13/2008 a fost publicată în M. Of. nr. 145 din 26 februarie 2008.

⁴⁾ Legea nr. 195/2006 a fost publicată în M. Of. nr. 453 din 25 mai 2006.

⁵⁾ Legea nr. 554/2004 a fost publicată în M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004.

⁶⁾ Prin acte normative speciale în materia serviciilor comunitare de utilități publice, adoptate în aplicarea Legii nr. 51/2006, se conferă posibilitatea unităților administrativ-teritoriale ca, prin hotărâri ale autorităților deliberative, să formeze asociații de dezvoltare intercomunitară, în condițiile stabilite prin Legea nr. 51/2006, care vor acționa în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale și care pot avea calitatea de parteneri publici în contractul de parteneriat public-privat. Astfel, asociația de dezvoltare intercomunitară se poate forma în vederea înființării, organizării și exploatarei în interes comun a serviciului de salubritate sau pentru realizarea unor obiective de investiții comune, specifice infrastructurii acestui serviciu [art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților]. Asociația de dezvoltare intercomunitară înființată în condițiile Legii nr. 92/2007 a serviciului de transport public local, în vederea asigurării și dezvoltării serviciilor de transport public local, și pentru realizarea unor investiții de interes comun în domeniul infrastructurii tehnico-edilitare aferente serviciului de transport public local, precum și administrarea acestuia [art. 16 alin. (5) și art. 17 lit. g) din Legea nr. 92/2007].

de utilitate publică reglementate prin art. 2 alin. (1) lit. b) teza a doua din Legea nr. 554/2004, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 262/2007, potrivit căruia, sunt asimilate autorităților publice, persoanele juridice de drept privat care, potrivit legii, au obținut statut de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public, în regim de putere publică.

Din economia dispozițiilor art. 1 alin. (2) lit. b) și j), coroborat cu teza a 2-a a art. 11 alin. (2) din Legea nr. 215/2001, se pot desprinde două varietăți ale asociației de dezvoltare intercomunitară, în vederea constituirii cărora se poate încheia un contract de asociere între două sau mai multe unități administrativ-teritoriale. Astfel, o primă variantă a asociației de dezvoltare intercomunitară o constituie aglomerarea urbană, care în accepțiunea art. 1 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 215/2001 sunt asociațiile de dezvoltare intercomunitară constituite pe bază de parteneriat între municipii, altele decât cele prevăzute la lit. j), și orașe, împreună cu localitățile urbane și rurale aflate în zona de influență.

O a doua variantă a asociației de dezvoltare intercomunitară o reprezintă zona metropolitană, care în accepțiunea art. 1 alin. (2) lit. j) din Legea nr. 215/2001 sunt asociații de dezvoltare intercomunitară constituite pe bază de parteneriat între Capitala României sau municipiile de rangul I și unitățile administrativ-teritoriale aflate în zona imediată.

Zonele metropolitane și aglomerările urbane, ca variante ale asociației de dezvoltare intercomunitară, se constituie cu acordul expres al consiliilor locale ale unităților administrativ-teritoriale, implicând deci, manifestarea de voință exteriorizată a acestora prin adoptarea unei hotărâri, ele având drept scop dezvoltarea infrastructurilor și a obiectivelor de dezvoltare de interes comun.

De asemenea, și prevederile Legii nr. 195/2006 - legea-cadru a descentralizării, prevăd la art. 13 faptul că unitățile administrativ-teritoriale se pot organiza în asociații de dezvoltare intercomunitară, în condițiile Legii administrației publice locale nr. 215/2001, cu modificările și completările ulterioare, dar potrivit acestor dispoziții legale asociațiile de dezvoltare intercomunitară se constituie în vederea exercitării competențelor unității administrativ-teritoriale în condiții de eficiență⁷⁾.

2. Organizarea și funcționarea asociațiilor de dezvoltare intercomunitară în ceea ce privește serviciile comunitare de utilități publice

Referitor la organizarea și funcționarea asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, se impun a fi reliefate unele precizări, având în vedere că aceste asociații constituie un tip special de asociații.

În același sens, prin dispozițiile art. 14 din Legea nr. 23/2006 a serviciului de iluminat public, se conferă unităților administrativ-teritoriale posibilitatea de a se asocia între ele în vederea înființării unei asociații de dezvoltare intercomunitară având ca obiect realizarea și exploatarea în interes comun a serviciului de iluminat public și a infrastructurii aferente acestuia, în condițiile Legii nr. 51/2006.

⁷⁾ Pentru câteva observații referitoare la dispozițiile Legii nr. 195/2006, a se vedea M. Stancu-Țipișcă, *Persoanele juridice de drept public*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 283 și 284.

O primă constatare, deprinsă din conținutul art. 10 alin. (3) din Legea nr. 51/2006 este aceea că asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice se constituie, funcționează și dobândesc personalitate juridică potrivit prevederilor O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 246/2005. Ca atare, asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice dobândesc personalitate juridică prin înscrierea acestora în Registrul Asociațiilor și Fundațiilor aflat la grea judecătorei în a cărei circumscripție teritorială își are sediul asociația.

Asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, fiind calificate expres ca fiind persoane juridice de drept privat și statut de utilitate publică recunoscut prin efectul legii, au capacitate juridică deplină, se bucură de autonomie decizională, dar în limita mandatului special conferit, posedă un patrimoniu propriu, subiecte juridice de drept fiscal titulare ale codului unic de înregistrare fiscală și ale conturilor deschise la unitățile teritoriale ale trezoreriei, precum și la unitățile bancare și întocmesc anual, în condițiile legii, buget de venituri și cheltuieli și situații financiare.

În vederea constituirii asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, Guvernul României - Ministerul Administrației și Internelor - Direcția pentru Servicii de Interes General, Investiții și Dezvoltare Locală a elaborat un Ghid adresat autorităților administrației publice locale, privind constituirea, înregistrarea, organizarea și managementul asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, publicat la Editura Ministerului Administrației și Internelor, București, iulie, 2009⁸⁾.

Modul de organizare și de funcționare a asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice se stabilește prin actul constitutiv și statutul asociației, pe baza actului constitutiv-cadru și a statutului-cadru, conform Hotărârii Guvernului nr. 855/2008 pentru aprobarea actului constitutiv-cadru și a statutului-cadru ale asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice.

Potrivit cap. 9, pct. 9.4 din acest Ghid, în cazul asociațiilor intercomunitare pentru serviciile de alimentare cu apă și de canalizare și, respectiv, al asociațiilor intercomunitare de salubritate și a localităților constituite pentru accesarea fondurilor europene în vederea finanțării infrastructurii tehnico-edilitare aferente, actul constitutiv și statutul asociației se întocmesc cu respectarea prevederilor specifice Programului operațional sectorial pentru infrastructura de mediu - POS Mediu - Axa prioritară - 1, respectiv Axa prioritară - 2.

Dispozițiile acestui Ghid, în concordanță cu prevederile mai sus precizate, fac unele precizări deosebit de elocvente în privința modului de constituire a acestor asociații, a necesității constituirii acestora, patrimoniului și modului de finanțare a acestor asociații.

Astfel că o primă precizare deprinsă din conținutul acestui Ghid este aceea că înființarea asociațiilor de dezvoltare intercomunitare cu obiect de activitate serviciile de utilități publice are la bază acordul de asociere prealabil, liber exprimat

⁸⁾ Disponibil www.mai.gov.ro/documente/utile/GHID.pdf.

prin hotărâri ale unităților administrativ-teritoriale din aria de acoperire a viitoarei asociații, interesate de furnizarea/prestarea în comun a unor servicii de utilități publice, respectiv de realizarea unor obiective de investiții specifice sistemului de utilități publice aferente acestor servicii.

O altă condiție prealabilă care trebuie îndeplinită în vederea constituirii acestor asociații, este participarea unităților administrativ-teritoriale, inclusiv cu capital și/sau bunuri, la constituirea, organizarea și funcționarea asociației, context în care este obligatoriu ca autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale să adopte în prealabil hotărâri privind modalitatea de participare a unităților administrativ-teritoriale la constituirea, organizarea și funcționarea asociației.

3. Scopul asociațiilor de dezvoltare intercomunitară în ceea ce privește serviciile comunitare de utilități publice

În ceea ce privește necesitatea constituirii asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, această necesitate este impusă, cu precădere, de tendința regionalizării operatorilor serviciilor de utilități publice, aceasta constituind ideea contrală în jurul căreia au fost concepute programele operaționale sectoriale destinate infrastructurii edilitar-urbane.

În acest context, potrivit documentelor asumate de România, Asociația de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice capătă o importanță deosebită și are un rol deosebit în procesul accesării fondurilor europene puse la dispoziția României prin programele operaționale sectoriale, întrucât existența acestora este de multe ori o condiție *sine qua non* a accesării acestor fonduri.

Ideea asocierii unităților administrativ-teritoriale, potrivit Ghidului, în scopul furnizării/prestării în comun a serviciilor de utilități publice sau pentru realizarea în comun a unor obiective de investiții publice de interes intercomunitar specifice infrastructurii tehnico-edilitare aferente acestor servicii este sprijinită/susținută și de specificul tehnologic al sistemelor de utilități publice care permite dezvoltarea zonală a acestora, pe un areal ce depășește limitele teritoriale ale unei unități administrativ-teritoriale și este impusă de rațiuni economice (eficientizarea investițiilor, reducerea investițiilor specifice etc.). În aceste condiții, intercomunalitatea, respectiv asocierea unităților administrativ-teritoriale, se constituie într-o pârghie esențială în procesul de accelerare a dezvoltării și eficientizării furnizării/prestării serviciilor comunitare de utilități publice, respectiv de reabilitare, modernizare și dezvoltare a sistemelor de utilități publice aferente.

În ceea ce privește patrimoniul asociației de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, necesar pentru desfășurarea propriilor activități la data constituirii, potrivit Ghidului, asociația de dezvoltare intercomunitară primește în administrare și exploatare, la data constituirii, prin contribuția membrilor fondatori, un patrimoniu inițial, care cuprinde patrimoniul propriu și patrimoniul încredințat.

Patrimoniul propriu se constituie prin aportul în bani și/sau natură al membrilor și cuprinde mijloacele materiale și mijloacele financiare necesare acoperirii cheltuielilor curente de organizare și funcționare și desfășurării activităților specifice asociației.

Mijloacele financiare ale asociației se constituie prin contribuția în bani a membrilor, iar mijloacele materiale se constituie prin contribuția în natură a părților și se compune din imobile, terenuri, mobilier etc.

Patrimoniul încredințat, conform Ghidului, cuprinde sistemul/sistemele de utilități publice, precum și alte bunuri aparținând proprietății publice sau private ale unităților administrativ-teritoriale membre, indispensabile furnizării/prestării serviciului, a cărui administrare și exploatare părțile o transferă în responsabilitatea asociației. Controlul gestiunii patrimoniului, precum și al activității financiar-contabile la nivelul asociației se exercită prin comisia de cenzori a asociației.

Patrimoniul încredințat asociației spre administrare și exploatare este, potrivit dispozițiilor Ghidului, inalienabil, insesizabil și imprescriptibil, întrucât aparține domeniului public și/sau privat al unităților administrativ-teritoriale membre și nu poate fi grevat de datorii sau alte obligații ale membrilor asociației.

Asupra patrimoniului propriu și a celui încredințat, asociația poate exercita, pe baza mandatului special, în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale membre, următoarele drepturi:

- a) Dreptul de folosință gratuită, pentru toată durata de existență a asociației, asupra patrimoniului propriu: bunuri mobile sau imobile aparținând proprietății publice și/sau private a unităților administrativ-teritoriale membre, încredințate prin acte constitutive;
- b) Dreptul de a delega gestiunea serviciilor de utilități publice transferate în responsabilitatea sau administrarea lor, inclusiv dreptul de a concesiona operatorului/operatorului regional patrimoniul încredințat, în baza mandatului special acordat de unitățile administrativ-teritoriale.

Sub acest aspect, potrivit prevederilor Ghidului, asociațiile de dezvoltare intercomunitară asigură furnizarea/prestarea serviciului încredințat, respectiv funcționarea, administrarea și exploatarea sistemelor de utilități publice aferente acestora numai în modalitatea de gestiune delegată prin intermediul unor operatori sau operatori regionali de drept privat, cu statut de societăți comerciale, asociațiile neavând, potrivit prevederilor Ghidului, calitatea de operator al serviciului, nu pot desfășura activități economice directe și nu pot fuziona, nu se pot diviza și nu pot constitui sucursale sau filiale ca structuri teritoriale.

Rezultă, așadar, din conținutul acestor dispoziții instituite prin Ghid faptul că, prin transferul responsabilităților unităților administrativ-teritoriale în materia serviciilor de utilități publice către asociația de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, asociația de dezvoltare intercomunitară exercită o presiune delegată a serviciului, și nu o gestiune directă.

În acest context, având în vedere că asociația de dezvoltare intercomunitară nu are calitatea de operator, ea putându-și exercita atribuțiile transferate de la unitățile administrativ-teritoriale nu în mod direct, ci prin intermediul unor operatori sau operatori regionali, de drept privat, în vederea furnizării/prestării serviciilor încredințate asociației unităților administrativ-teritoriale membre, în condițiile Legii nr. 51/2006, își pot înființa propriul operator, acesta având calitatea de operator regional, cu capital social integral, al unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației. Modalitatea de înființare a operatorului regional poate consta în transformarea, fuziunea și/sau

comasarea operatorilor existenți subordonați autorităților administrației publice locale ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației, cu modificarea corespunzătoare a actelor constitutive și a statutului acestora.

Operatorul regional, prin intermediul căruia asociația de dezvoltare intercomunitară asigură furnizarea/prestarea serviciului, își desfășoară activitatea conform art. 30 alin. (5) din Legea nr. 51/2006, în baza unui regulament de organizare și funcționare elaborat în cadrul asociației și aprobat de adunarea generală a asociației.

În materia serviciilor comunitare de administrare a domeniului public și privat al unităților administrativ-teritoriale, se impun unele considerații în ceea ce privește constituirea asociațiilor de dezvoltare intercomunitară. Astfel, dispozițiile Ordonanței Guvernului nr. 71/2002 privind organizarea și funcționarea serviciilor publice de administrare a domeniului public și privat de interes local conferă posibilitatea încheierii unor contracte de asociere intercomunală între autoritățile administrației publice locale și operatorii furnizori/prestatori de servicii de administrare a domeniului public și privat sau între acestea și terțe persoane în vederea realizării și/sau exploatării în comun a unor obiective specifice infrastructurii edilitar-urbane, cu respectarea prevederilor legale în vigoare privind asocierea și libera concurență.

În urma unei asemenea asocieri, rezultă o asociație de dezvoltare intercomunitară, care în lipsa unei reglementări exprese, pentru identitate de rațiune, a pari, trebuie calificată persoană juridică de drept privat cu statut de utilitate publică și care poate deveni parte contractantă în contractul de delegare a gestiunii serviciului de administrare a domeniului public și privat de interes local, care poate îmbrăca și forma unui contract de parteneriat public-privat, supus reglementărilor instituite prin Legea nr. 178/2010.

Observăm faptul că, în condițiile O.G. nr. 71/2002, asocierea se poate realiza între autoritățile administrației publice locale, deci între consiliile locale sau județene, față de prevederile din Legea nr. 215/2001 și cele ale Legii nr. 51/2006, în sensul cărora contractele de asociere în vederea formării asociațiilor de dezvoltare intercomunitară se încheie între unitățile administrativ-teritoriale din țară (comune, orașe, municipii și județe) și străinătate, întrucât acestea sunt persoane juridice de drept public, care au un patrimoniu propriu format din drepturi și obligații și, ca atare, doar persoana juridică poate realiza scopul înființării asociațiilor de dezvoltare intercomunitară, care constă în finanțarea și realizarea în comun a unor acțiuni, lucrări, servicii sau proiecte de interes local.

În ceea ce privește contractele de asociere intercomunală în vederea gestionării domeniului public sau privat de interes local, în care una dintre părțile contractante este o autoritate a administrației publice locale, deci nu persoană juridică de drept public, legiuitorul a avut în vedere faptul că, potrivit art. 36 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale, consiliul local are printre atribuții și pe aceea de a administra domeniul public și privat al comunei, orașului sau municipiului. Dar, în opinia noastră, deși autoritățile administrației publice locale adoptă hotărâri privitoare la administrarea domeniului public sau privat care aparține unității administrativ-teritoriale, întrucât aceste persoane juridice abstracte nu pot adopta ele însele acte administrative, context în care, domeniul public sau privat aparținând persoanei juridice de drept public, considerăm că și contractele de asociere intercomunală încheiate în condițiile O.G. nr. 71/2002 ar trebui, de lege

ferenda, să aibă una dintre părțile contractante unitatea administrativ-teritorială, adică persoana juridică de drept public.

În opinia noastră, o asemenea modificare legislativă se impune și în considerarea faptului că scopul înființării acestor asociații este acela al realizării sau exploatării în comun a unor obiective specifice infrastructurii edilitar-urbane, or, realizarea unor astfel de obiective necesită o finanțare care nu poate fi realizată decât de unitatea administrativ-teritorială, întrucât, conform celor expuse mai sus, doar persoana juridică are un patrimoniu propriu, compus din drepturi și obligații.

De asemenea, se impune remarca potrivit căreia, în acord cu dispozițiile art. 1 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 215/2001, asociația de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice se poate constitui în vederea realizării în comun a unor proiecte de dezvoltare de interes regional ori furnizarea în comun a unor servicii publice, prin asocierea unor unități administrativ-teritoriale din județe diferite, în ipoteza în care este înființat un operator regional cu capital social integral al unităților administrativ-teritoriale membre ale unei asociații de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, conform art. 1 lit. g) din Legea nr. 51/2006, nou-introdus prin O.U.G. nr. 13/2008, care asigură atât gestiunea propriu-zisă a serviciului/activității de utilități publice pe raza de competență a unităților administrativ-teritoriale asociate, inclusiv administrarea, funcționarea și exploatarea sistemelor de utilități publice aferente acestora, cât și implementarea programelor de investiții publice de interes zonal sau regional realizate în comun în cadrul asociației, destinate înființării, modernizării și/sau, după caz, dezvoltării infrastructurii tehnico-edilitare aferente acestor servicii/activități.

4. Atribuțiile asociațiilor de dezvoltare intercomunitară în ceea ce privește serviciile comunitare de utilități publice

În ceea ce privește exercitarea atribuțiilor, drepturilor și obligațiilor asociațiilor de dezvoltare intercomunitară după înființarea acestora în condițiile Legii nr. 51/2006, se impune precizarea că, din conținutul art. 10 alin. (4) și alin. (5) din Legea nr. 51/2006, rezultă faptul că asociația de dezvoltare intercomunitară poate exercita după înființare, în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale și în baza unui mandat special acordat de către unitățile administrativ-teritoriale unele dintre atribuțiile autorităților administrației publice locale constituite la nivelul unităților administrativ-teritoriale din sfera serviciilor de utilități publice.

Astfel, în baza art. 10 alin. (4) din Legea nr. 51/2006, unitățile administrativ-teritoriale pot mandata, în condițiile legii, asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice să exercite, în numele și pe seama lor, dreptul de a delega gestiunea serviciilor de utilități publice transferate de către unitățile administrativ-teritoriale membre ale asociației în sarcina asociației, inclusiv dreptul de a concesiona bunurile aparținând doemniului public și/sau privat al unităților administrativ-teritoriale membre care pot constitui infrastructura tehnico-edilitară aferentă serviciilor de utilități publice.

De asemenea, prin dispozițiile art. 10 alin. (5) din Legea nr. 51/2006, asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice, în

condițiile stabilite prin actul constitutiv și statutul asociației, și în baza unui mandat special primit în prealabil de către autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației, și în baza unui mandat special primit în prealabil de către autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației, pot exercita, în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale, atribuțiile, drepturile și obligațiile autorităților administrației publice locale din sfera serviciilor de utilități publice conferite prin art. 8 alin. (2) lit. a), h), i) și j) (enumerare mai sus), art. 9 alin. (1) lit. b) (elaborarea și aprobarea strategiilor proprii în vederea îmbunătățirii și dezvoltării serviciilor de utilități publice, utilizând principiul planificării strategice multianuale), art. 9 alin. (2) lit. a) (stabilirea cerințelor și criteriilor de participare și selecție a operatorilor la procedurile publice organizate pentru atribuirea contractelor de delegare a gestiunii), lit. d) (aprobarea stabilirii, ajustării sau, după caz, a modificării prețurilor și tarifelor serviciilor de utilități publice propuse de operatori, în baza metodologiilor elaborate de autoritățile de reglementare potrivit competențelor acordate acestora prin legea specială) și lit. g) (să refuze, în condiții justificate, aprobarea stabilirii, ajustării sau modificării prețurilor și tarifelor propuse de operator, iar pentru serviciile care funcționează în condiții de monopol, să solicite avizul autorităților de reglementare competente), art. 9 alin. (3) (dreptul autorităților administrației publice locale de a rezilia unilateral contractele de delegare a gestiunii serviciilor și să organizeze o nouă procedură pentru delegarea gestiunii acestora, în condițiile stabilite prin această dispoziție legală) și art. 32 alin. (2) (elaborarea și aprobarea de către autoritățile administrației publice locale sau, după caz, asociațiile de dezvoltare intercomunitară, în vederea încheierii contractului de delegare a gestiunii, a unui studiu de oportunitate pentru stabilirea soluțiilor optime de delegare a gestiunii serviciilor, precum și a documentației de atribuire a contractului de delegare a gestiunii) și alin. (3) (posibilitatea prelungirii doar o singură dată de către autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale a duratei contractului de delegare a gestiunii care nu poate depăși 49 de ani, pentru o perioadă care nu poate depăși jumătate din durata inițială, cu condiția ca durata totală să nu depășească 49 de ani).

Constatăm, din analiza logico-sistematică a dispozițiilor art. 10 alin. (5) din Legea nr. 51/2006, că exercitarea atribuțiilor, drepturilor și obligațiilor autorităților administrației publice locale din sfera serviciilor de utilități publice conferite prin art. 8 alin. (2) lit. a), h), i) și j), art. 9 alin. (1) lit. b), art. 9 alin. (2) lit. a), d) și g), art. 9 alin. (3) și art. 32 alin. (2) și (3) este condiționată nu numai de prevederile actului constitutiv și al statutului asociației care se aprobă de către autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației la înființarea asociației, ci este necesar ca, în prealabil exercitării acestor atribuții, pe lângă prevederile actului constitutiv și ale statutului asociației să fie conferit un mandat special asociației prin actul constitutiv de autoritate al autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației.

În privința celorlalte atribuții, drepturi și obligații ale autorităților administrației publice locale prevăzute prin art. 8 alin. (2), art. 9 și art. 32, cu excepția celor prevăzute în art. 8 alin. (2), lit. c), d), e), f) și g), art. 9 alin. (1) lit. d), art. 9 alin. (4) lit. d) și art. 32 alin. (4) din Legea nr. 51/2006 și a celor în privința cărora nu este necesară primirea în prealabil de către asociația de dezvoltare intercomunitară a

unui mandat special din partea autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației mai sus menționate. Din conținutul art. 10 alin. (5) din Legea nr. 51/2006 rezultă că aceste atribuții pot fi exercitate de către asociația de dezvoltare intercomunitară în baza actului constitutiv și a statutului asociației, concluzie care se întemeiază pe faptul că actul constitutiv și statutul asociației se aprobă înainte de înființarea asociației de către autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației, prin aceste acte unitățile administrativ-teritoriale putând mandata asociația de dezvoltare intercomunitară cu exercitarea acestor atribuții, astfel că nu mai este necesar a se adopta un nou act administrativ de autoritate prin care asociația să fie mandată cu exercitarea acestor atribuții.

În aceste situații, stipulate expres prin dispozițiile legale speciale enunțate prin art. 10 alin. (5), asociația de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice exercită, doar în baza mandatului conferit de către unitățile administrativ-teritoriale prin actul constitutiv și statutul asociației sau al actului constitutiv și statutului asociației însoțit în prealabil exercitării acestor atribuții de un mandat special din partea autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale, atribuțiile autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației, și nu în nume propriu, context în care actele emise de către asociație în exercitarea acestor atribuții mandatate nu sunt actele asociației, ci actele unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației, într-un eventual litigiu, calitate procesuală pasivă având unitatea administrativ-teritorială, care va fi reprezentată în instanță de asociația de dezvoltare intercomunitară.

De asemenea, prin dispozițiile art. 10 alin. (4) din Legea nr. 51/2006 sunt menționate expres atribuțiile, drepturile și obligațiile autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale conferite prin art. 8 alin. (2) lit. c), d), e), f) și g) (enumerare mai sus), art. 9 alin. (1) lit. d) (adoptarea de măsuri în vederea finanțării infrastructurii tehnico-edilitare aferente serviciilor), art. 9 alin. (4) lit. d) (asigurarea resurselor necesare finanțării infrastructurii tehnico-edilitare aferente serviciilor, corespunzător clauzelor contractuale) și art. 32 alin. (4) (prelungirea contractului de delegare a gestiunii serviciului va fi aprobată de autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale) din Legea nr. 51/2006, în privința cărora unitățile administrativ-teritoriale nu pot mandata asociațiile de dezvoltare intercomunitară pentru a le exercita în numele și pe seama acestora, aceste atribuții, drepturi și obligații aparținând în exclusivitate unităților administrativ-teritoriale, care le exercită prin intermediul autorităților deliberative constituite la nivelul acestora.

5. Mandatul special al asociațiilor de dezvoltare intercomunitară în ceea ce privește serviciile comunitare de utilități publice

Referitor la mandatul special conferit asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice de către unitățile administrativ-teritoriale membre ale asociației, apreciem că sunt incidente, cu unele particularități, regulile mandatului reglementate prin dispozițiile noului Cod civil, respectiv normele

statuate prin Titlul IX (diferite contracte speciale), Capitolul IX (contractul de mandat) și în cazul contractului de delegare a gestiunii încheiat de către asociația de dezvoltare intercomunitară în baza mandatului special și, respectiv, în privința celorlalte atribuții conferite asociației de dezvoltare intercomunitară în baza mandatului special conferit prin hotărâri ale autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale.

Astfel, în opinia noastră, pornind de la dispozițiile art. 10 alin. (4) și alin. (5) din Legea nr. 51/2006, în sensul cărora asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice exercită atribuțiile conferite prin mandatul special conferit de către unitățile administrativ-teritoriale membre ale asociației, coroborate cu dispozițiile din noul Cod civil în materia mandatului cu reprezentare (secțiunea a 2-a din Capitolul IX), mandatul special conferit asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice este un mandat special cu reprezentare.

O atare concluzie, în opinia noastră, derivă din faptul că prin normele speciale instituite în materia serviciilor de utilități publice nu se prevede altfel, astfel că, în lipsa unor norme speciale referitoare la mandatul special conferit asociațiilor de dezvoltare intercomunitară, regulile mandatului instituite prin noul Cod civil devin aplicabile ca drept comun și în materia mandatului special conferit asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice.

În acest context, deși art. 2.009 din noul Cod civil consacră o definiție generală a mandatului, în sensul că: „mandatul este contractul prin care o parte, numită mandatar, se obligă să încheie unul sau mai multe acte juridice pe seama celeilalte părți, numită mandant”, fără a defini expres mandatul cu reprezentare, în literatura de specialitate⁹⁾ contractul de mandat cu reprezentare este definit ca fiind acel contract prin care o persoană, numită mandatar, se obligă să încheie acte juridice în numele și pe seama altei persoane, numită mandant, care îi dă această împuternicire.

În cazul mandatului special conferit asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice, împuternicirea (mandatul) este conferită asociația de dezvoltare intercomunitară prin hotărâri ale autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației și hotărâri ale acestor autorități deliberative prin care acestea aprobă statutul și actul constitutiv al asociației de dezvoltare intercomunitare, hotărâri care vor conține prevederi detaliate și complete privind condițiile de exercitare de către asociația de dezvoltare intercomunitară a mandatului special încredințat.

Rezultă așadar că hotărârile autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației de dezvoltare intercomunitare, ca *negotium*, sunt acte administrative de autoritate prin care se exprimă conținutul valabil al unităților administrativ-teritoriale pentru acordarea mandatului special asociațiilor de dezvoltare intercomunitare, iar, ca *instrumentum*, sunt înscrisuri

⁹⁾ F. Moțiu, *Contracte speciale în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 234. De asemenea, în literatura de specialitate anterioară intrării în vigoare a noului Cod civil (F. Deak, S. Cârpenaru, *Contracte speciale și comerciale*, Ed. Lumina Lex, București, 1993, p. 318), pornind de la deosebirea dintre mandatul comercial și mandatul civil, se arată că mandatul civil implică, în mod obișnuit, reprezentarea, mandatarul încheie acte juridice cu terțul în numele și pe seama mandantului.

prin care sunt prevăzute expres și complet condițiile de exercitare a mandatului de către asociația de dezvoltare intercomunitară.

În privința mandatului special conferit asociațiilor de dezvoltare intercomunitare, având în vedere specificul acestui mandat care vizează exercitarea de către asociația de dezvoltare intercomunitară în baza acestui mandat a unor competențe privind delegarea gestiunii serviciului de utilități publice sau exercitarea de către asociație, în baza mandatului special conferit, a unor atribuții privitoare la buna organizare și funcționare a serviciului de utilități publice, se impun a fi reliefate câteva particularități ale acestui mandat special.

Astfel, o primă precizare care se impune a fi reliefată și care se desprinde din conținutul art. 10 alin. (4) și (5) din Legea nr. 51/2006 este aceea că sintagma „unitățile administrativ-teritoriale pot mandata, în condițiile legii, asociațiile de dezvoltare intercomunitare...”, utilizată în conținutul acestor dispoziții legale, ne conduce la concluzia că nu toate unitățile administrativ-teritoriale membre ale asociației de dezvoltare intercomunitară sunt obligate să acorde mandat special asociațiilor de dezvoltare intercomunitare, pentru ca acestea să exercite, în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale respective, atribuțiile care revin unităților administrativ-teritoriale prevăzute expres de lege care pot fi exercitate în baza mandatului special de către asociația de dezvoltare intercomunitară.

Facultatea, și nu obligativitatea tuturor unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației de dezvoltare intercomunitară de a acorda mandat special asociațiilor de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice, este o consecință a principiului constituțional al autonomiei locale, consacrat prin art. 120 alin. (1) din Constituția republicată și art. 2 alin. (1) din Legea nr. 215/2001, și care semnifică faptul că unitățile administrativ-teritoriale, prin autoritățile lor deliberative, au dreptul și capacitatea efectivă de a gestiona, în numele și în interesul colectivităților locale pe care le reprezintă, treburile publice, în condițiile legii.

Rezultă așadar faptul că, deși asociația de dezvoltare intercomunitară este constituită prin asocierea mai multor unități administrativ-teritoriale, fiind vorba despre un mandat special, fiecare unitate administrativ-teritorială membră a asociației adoptă, în baza principiului autonomiei locale, hotărâri care privesc gestiunea treburilor publice din raza teritorială de competență a respectivelor unități administrativ-teritoriale. Ca atare, poate exista situația în care unele unități administrativ-teritoriale membre ale asociației adoptă hotărâri prin care se conferă mandat special asociațiilor de dezvoltare intercomunitară pentru a exercita, în baza mandatului special, atribuțiile unităților administrativ-teritoriale, prevăzute prin art. 10 alin. (4) și alin. (5) din Legea nr. 51/2006, în timp ce unele unități administrativ-teritoriale membre ale asociației de dezvoltare intercomunitară dețin acest mandat special și, ca atare, unitățile administrativ-teritoriale membre ale asociației să exercite ele în continuare atribuțiile conferite prin lege.

Totodată, în considerarea principiului autonomiei locale și a considerentelor mai sus expuse, precum și în considerarea faptului că în fiecare unitate administrativ-teritorială membră a asociației, serviciul de utilități publice prezintă particularități specifice, care se diferențiază de particularitățile serviciului de utilități publice din

alte unități administrativ-teritoriale membre ale asociației nu poate fi instituită obligația tuturor unităților administrativ-teritoriale de a acorda mandat special asociațiilor de dezvoltare intercomunitare cu obiect de activitate servicii de utilități publice, întrucât este evident că acreditarea unei astfel de ipoteze ar conduce la încălcarea principiului constituțional al autonomiei locale.

Mandatul special conferit asociației de dezvoltare intercomunitară de către unele dintre unitățile administrativ-teritoriale membre ale asociației, sau de către toate unitățile administrativ-teritoriale membre ale asociației, sau de toate unitățile administrativ-teritoriale ale asociației are corespondent în dispozițiile art. 2028 din noul Cod civil, care reglementează pluralitatea de mandanți, și care statuează că: „atunci când mandatul a fost dat aceluiași mandatar de către mai multe persoane pentru o afacere comună, fiecare dintre ele răspunde solidar față de mandatar de toate efectele mandatului”.

Din conținutul acestei dispoziții legale, rezultă faptul că doar unitățile administrativ-teritoriale membre ale asociației de dezvoltare intercomunitară care au mandat special, în condițiile art. 10 alin. (4) și (5) din Legea nr. 51/2006, vor răspunde solidar față de asociația de dezvoltare intercomunitară de toate efectele mandatului.

6. Actele adoptate de asociațiilor de dezvoltare intercomunitară în ceea ce privește serviciile comunitare de utilități publice

Se impune o nouă precizare cu privire la acest mandat special acordat asociației de dezvoltare intercomunitară, asociația de dezvoltare intercomunitară fiind constituită prin asocierea a două sau mai multe unități administrativ-teritoriale membre ale asociației de dezvoltare intercomunitară, prin care acestea au acordat mandat special asociației de dezvoltare intercomunitare pentru exercitarea atribuțiilor ce cădeau în sarcina unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației.

Pornind de la aceste considerente, se pune problema cum este îndeplinită condiția voinței proprii a reprezentantului (mandatarului), adică a asociației de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice, de a acționa în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației, în contextul în care organele asociației de dezvoltare intercomunitare sunt, potrivit art. 10 alin. (3) din Legea nr. 51/2006, adunarea generală, consiliul director și comisia de cenzori.

Sub acest aspect, în opinia noastră, deși, *prima facie*, la o primă analiză, am putea formula ipoteza că voința proprie a asociației de dezvoltare intercomunitare de a interveni în numele unităților administrativ-teritoriale, deci de a exercita, în baza mandatului special, drepturile și obligațiile unităților administrativ-teritoriale și, respectiv, de a acționa pe seama unităților administrativ-teritoriale, trebuie exprimată prin hotărârea adunării generale a asociației de dezvoltare intercomunitare, în contextul în care adunarea generală a asociației de dezvoltare intercomunitare este formată din reprezentanți ai autorităților deliberative și executive ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației, care prin acte administrative de autoritate au acordat mandat special asociației de dezvoltare

intercomunitare și au stabilit condițiile exercitării mandatului de către asociație, voința asociației de dezvoltare intercomunitare, prin hotărârea adunării generale a asociației, nu poate contraveni hotărârilor deliberative membre ale asociației de dezvoltare intercomunitare.

În acest context, apreciem că voința proprie a asociației de dezvoltare intercomunitare de a acționa în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației este exprimată prin hotărârile autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației de dezvoltare intercomunitare, în forma aprobată tot prin hotărâri ale autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației.

În ceea ce privește actele adoptate de către asociația de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate servicii de utilități publice, în calitate de organisme asimilate autorităților publice, la fel ca și actele emise de către orice persoană juridică de drept privat autorizată să presteze un serviciu public în regim de putere publică sau să exercite anumite atribuții ale autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale din sfera serviciilor de utilități publice, acestea sunt acte administrative „prin delegație”, întrucât prin autorizarea acestor organisme a exercita anumite atribuții conferite prin lege autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale sau de presta serviciul public li se transferă prin lege sau contract administrativ însăși puterea publică, în lipsa căreia transferul atribuției de a presta serviciul public ar rămâne ineficient în fața particularilor. Dar, în materia serviciilor comunitare de utilități publice, dispozițiile legale speciale mai sus enunțate statuează că exercitarea acestor atribuții sau prestarea serviciului de utilități publice de către asociația de dezvoltare intercomunitară se face în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale membre ale asociației, și nu în nume propriu, context în care, deși aceste acte emise de asociație în exercitarea atribuțiilor mandatate sau a prestării serviciului sunt supuse ca atare cenzurii instanței de contencios administrativ, calitatea procesuală în litigiul de contencios administrativ o va avea unitatea administrativ-teritorială, reprezentată de către asociația de dezvoltare intercomunitară care a emis actul în numele și pe seama unității administrativ-teritoriale sau, în condițiile art. 21 alin. (2) din Legea administrației publice locale nr. 215/2001, de către primar sau președintele consiliului județean.

O atare concluzie, în opinia noastră, derivă cu claritate din economia dispozițiilor legale speciale mai sus enunțate, potrivit cărora asociația de dezvoltare intercomunitară, exercitând, în baza mandatului conferit de unitățile administrativ-teritoriale, atribuțiile autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale, nu are loc o desesizare de atribuții a unității administrativ-teritoriale, ceea ce ar fi avut ca efect exercitarea de către asociația de dezvoltare intercomunitară a acestor atribuții în nume propriu.

Actele administrative prin delegație sunt definite ca actele care provin de la structuri nestatale - societăți comerciale, asociații, fundații - care, în mod normal, nu au exercițiul puterii publice, dar care printr-un act de putere l-au primit, în principiu, pentru a presta un serviciu public¹⁰⁾.

¹⁰⁾ O. Podaru, *Drept administrativ*, vol. I, *Actul administrativ (I) Repere pentru o teorie altfel*, p. 43.

Important, este în acest caz, după cum s-a remarcat, actul în sine emis în exercițiul puterii publice cu care emitentul a fost investit, nu emitentul actului¹¹⁾.

Sub acest aspect, după cum s-a remarcat în literatura de specialitate¹²⁾, trebuie să nu fie confundate actele emise „prin delegație” cu cele emise „prin delegare”.

În literatura de specialitate¹³⁾, într-un studiu judicios se arată faptul că sub denumirea de „transfer de competență”, adică în situațiile în care o atribuție este exercitată de un alt organ administrativ decât acela care o deține în mod original, sunt reunite două instituții diferite: delegarea și înlocuirea. În ceea ce privește delegarea, sunt cunoscute două tipuri de delegare: delegarea de atribuții care vizează modificarea ordonării competențelor între autoritățile competente, conducând la o desesizare (de atribuție) a delegatului, organul delegat exercitând competența în numele său propriu, și delegarea de semnătură, care vizează doar să-l descarce pe delegant de o parte din sarcina sa materială, delegatul exercitând atribuțiile în numele delegatului¹⁴⁾.

Astfel, dacă în cazul actelor emise prin delegație, acestea se emit de către persoanele juridice de drept privat autorizate să presteze un serviciu public cărora li se transferă însăși puterea publică, actele emise prin delegare se emit tot de către organe administrative, cărora însă li se transferă atribuția de a emite un act, de către titularul competenței în cauză.

Dar, în opinia noastră, deosebirea dintre actele emise prin delegație și cele emise prin delegare nu poate fi una absolută, luând în considerare faptul că atât în cazul actelor emise prin delegație, cât și în cazul actelor emise prin delegare de atribuții organul emitent emite acest act în nume propriu, în ambele cazuri având loc un transfer de atribuții, și acesta chiar dacă emitentului actului emis prin delegare i se transferă odată cu atribuția prestării serviciului și puterea publică, întrucât, în opinia noastră, odată cu transferul puterii publice, i se transferă implicit și atribuțiile privitoare la exercitarea competențelor. Nu poate avea loc transferul puterii publice fără transferul atribuțiilor care constituie competența respectivului organism. În ambele cazuri, de asemenea, organul emitent al actului este cel care a emis actul în nume propriu.

O asemenea deosebire se poate pune în discuție în cazul actelor emise prin delegație și al celor emise de către organe administrative care exercită atribuțiile delegate în numele și pe seama delegatului.

Dar asociația de dezvoltare intercomunitară exercită și atribuții în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale membre, context în care actele emise în exercitarea acestor atribuții sunt actele unităților administrativ-teritoriale.

¹¹⁾ O. Podaru, *Drept administrativ*, vol. I, *Actul administrativ (I) Repere pentru o teorie altfel*, p. 45.

¹²⁾ O. Podaru, *Drept administrativ*, vol. I, *Actul administrativ (I) Repere pentru o teorie altfel*, p. 44 și 45.

¹³⁾ O. Podaru, *În căutarea autorului actului administrativ (I)*, în *Revista de drept public* nr. 2/2008, p. 24.

¹⁴⁾ O. Podaru, *În căutarea autorului actului administrativ (I)*, în *Revista de Drept Public* nr. 2/2008, p. 25.

DESPRE CAPCANE ȘI ELIPSE ÎN NOUL COD DE PROCEDURĂ PENALĂ

*Lector univ. dr. Magdalena ROIBU
Facultatea de Drept
Universitatea de Vest, Timișoara*

§ About pitfalls and ellipse in the new Criminal Procedure code

Abstract:

Just one year has passed since the New Code of Criminal Procedure entered into force and it has already entailed a less favorable reputation among legal professionals, especially practitioners.

Censured by decisions of unconstitutionality and “adjusted” by several Government Emergency Ordinances, the New Code of Criminal Procedure, in its current shape, still does not correspond to what is naturally expected from the most recent Code of Criminal Procedure in Europe.

The present study aims at performing a critical analysis of certain institutions (namely, some special methods of surveillance or investigation) which prove to be genuine traps from the perspective of the right to a fair trial (e.g. authorized participation to certain activities, otherwise illegal - art. 150 in the Code, or obtainment of data generated or processed by providers of public networks of electronic communications or by providers of services of electronic communications destined for the public, distinct from the content of communications and retained by the former - art. 152 in the Code). The study also addresses the legislative gaps, derived from a lack of mature lawmaking initiative, which cast a negative influence on the dynamics of the New Code of Criminal Procedure, an issue that keeps on generating controversies, both at the level of the doctrine, and in the daily judicial criminal practice.

Key words: *the New Code of Criminal Procedure, decisions of unconstitutionality, right to a fair trial, authorized participation to certain activities, otherwise illegal, obtainment of data generated or processed by providers of public networks of electronic communications, legislative gaps.*

1. Preliminarii

Orice restrângere a exercițiului unor drepturi și libertăți fundamentale trebuie să fie prevăzută de lege și să respecte substanța lor. Exclusiv prin valorificarea principiului proporționalității pot fi impuse restrângeri privind aceste drepturi și libertăți, numai în cazul în care acestea sunt necesare și numai dacă răspund efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de dreptul european sau național, respectiv necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți.

La nivel internațional, lupta constantă împotriva criminalității organizate, terorismului și a altor infracțiuni de gravitate extremă a atras după sine reforme substanțiale ale sistemelor de justiție penală, dar a presupus, în egală măsură, un compromis la elaborarea unei legislații procesual-penale axate pe metode și tehnici de supraveghere și investigare tot mai invazive în viața privată a particularilor.

Este adevărat că tehnicile de investigație trebuie să țină pasul cu societatea modernă și tehnologia, însă ele nu trebuie să aducă atingere primatului dreptului și unei justiții echitabile¹⁾.

2. Dreptul european relevant

La data de 8 martie 2014, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (în continuare CJUE), Marea Cameră, urmare a unor trimiteri prejudiciare, *declara nevalidă (invalid) - Directiva 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice și de modificare a Directivei 2002/58/CE - în cauzele conexe C-293/12²⁾ și C-594/12³⁾.*

În esență, în ambele cauze, instanțele interne au formulat trimiteri preliminare cu privire la compatibilitatea Directivei 2006/24/CE cu dreptul la respectarea vieții private prevăzut la articolul 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, (denumită în continuare „Carta”), la articolul 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (în continuare, „CEDO”), respectiv cu dreptul la libertatea de exprimare prevăzut de art. 11 din Cartă și de art. 10 din CEDO.

Scopul Directivei 2006/24/CE era acela ca statele-membre să adopte o legislație care „prevede păstrarea datelor de către furnizorii de servicii în vederea prevenirii, cercetării, detectării și urmăririi penale a infracțiunilor” (considerentul nr. 5, teza întâi).

Obligația furnizorilor de servicii de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice, prevăzută la articolul 3 din Directiva 2006/24/

¹⁾ C. Rotaru, *Tehnici speciale de supraveghere sau cercetare. Supravegherea tehnică - interceptarea convorbirilor și comunicărilor*, Caiete de drept penal nr. 1/2011, Ed. Universul Juridic, București, p. 12.

²⁾ CJUE, *Digital Rights Ireland v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Ireland and Attorney General*.

³⁾ CJUE, *Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl and others*. Ambele cauze pot fi consultate, în limba română, la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=149882>.

CE, de a păstra anumite date (enumerare la articolul 5 din aceasta) în scopul de a le pune la dispoziția autorităților naționale competente, a generat controverse cu privire la protecția vieții private și a comunicațiilor consacrată la articolul 7 din Cartă, la protecția datelor cu caracter personal prevăzută la articolul 8 din aceasta, precum și cu privire la respectarea libertății de exprimare, garantată de articolul 11 din Cartă.

În această privință, datele pe care trebuie să le păstreze furnizorii de servicii de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice, în temeiul articolelor 3 și 5 din Directiva 2006/24/CE, sunt, printre altele, datele necesare pentru urmărirea și identificarea sursei unei comunicații și a destinației acesteia, pentru identificarea datei, a orei, a duratei și a tipului unei comunicații, pentru identificarea echipamentului de comunicație al utilizatorilor, precum și pentru localizarea echipamentului de comunicație mobilă, date care includ numele și adresa abonatului sau ale utilizatorului înregistrat, numărul de telefon al apelantului și numărul apelat, precum și o adresă IP pentru serviciile de internet.

Prin urmare, aceste date permit identificarea facilă a persoanei cu care a comunicat un abonat sau un utilizator înregistrat și prin ce mijloace, precum și stabilirea duratei comunicației și a locului de unde a fost inițiată aceasta. În plus, cu ajutorul datelor în cauză se poate cunoaște frecvența comunicațiilor abonatului sau ale utilizatorului înregistrat cu anumite persoane, într-o perioadă determinată.

Apreciate în ansamblu, datele respective pot permite deducerea unor concluzii foarte precise privind viața privată a persoanelor ale căror date au fost păstrate, precum obiceiurile din viața cotidiană, locurile de ședere permanente sau temporare, deplasările zilnice sau alte deplasări, activitățile desfășurate, relațiile sociale ale acestor persoane și mediile sociale frecventate de ele.

Referitor la aceste aspecte, analizând compatibilitatea conținutului Directivei 2006/24/CE cu drepturile antemenționate, CJUE a statuat, în paragraful 32 al hotărârii precitate, că Directiva *derogă de la regimul de protecție al dreptului la respectarea vieții private* în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal în sectorul comunicațiilor electronice, întrucât este afectată confidențialitatea comunicațiilor și a datelor de trafic, precum și obligația de a șterge sau de a trece în anonimat datele respective atunci când ele nu mai sunt necesare pentru transmiterea unei comunicații, cu excepția cazului în care datele sunt necesare facturării și doar atât timp cât persistă această necesitate.

Rezultă de aici că obligația impusă de articolele 3 și 6 din Directiva 2006/24/CE furnizorilor de servicii de comunicații electronice accesibile publicului de a păstra pentru o anumită perioadă date referitoare la viața privată a unei persoane și la comunicațiile sale constituie *per se* o ingerință în drepturile garantate de articolul 7 din Cartă.

În plus, accesul autorităților naționale competente la astfel de date date constituie o ingerință suplimentară în acest drept fundamental⁴⁾. Astfel, articolele 4 și 8 din Directiva 2006/24/CE, care prevăd norme privind accesul autorităților naționale competente la date, constituie, de asemenea, o ingerință în drepturile garantate de articolul 7 din Cartă.

⁴⁾ CEDO, cauza *Rotaru c. României* (29 martie 2000), paragraful 46.

În mod similar, Directiva 2006/24/CE constituie o ingerință în dreptul fundamental la protecția datelor cu caracter personal garantat de articolul 8 din Cartă, întrucât prevede o prelucrare (s.n. - manipulare) a datelor cu caracter personal.

În plus, împrejurarea că păstrarea datelor și utilizarea lor ulterioară sunt efectuate fără ca abonatul sau utilizatorul înregistrat să fie informați cu privire la aceasta este de natură să declanșeze senzația că viața privată a cetățenilor face obiectul unei supravegheri constante.

Critici au fost aduse și faptului că *Directiva 2006/24/CE privește în mod global ansamblul persoanelor care utilizează servicii de comunicații electronice*, fără însă ca persoanele ale căror date sunt păstrate să se regăsească, fie și în mod indirect, într-o situație susceptibilă să atragă începerea urmăririi penale.

În mod paradoxal, Directiva se aplică inclusiv acelor persoane în privința cărora nu există nicio suspiciune că activitatea lor poate avea o legătură, chiar indirectă sau îndepărtată, cu infracțiuni grave. În plus, Directiva menționată nu prevede nicio excepție, astfel încât ea se aplică chiar și acelor persoane ale căror comunicații sunt supuse, potrivit normelor dreptului național, secretului profesional.

Pe de altă parte, deși urmărește să contribuie la combaterea criminalității grave, *Directiva menționată nu impune existența unei relații între datele a căror păstrare este prevăzută și o amenințare pentru siguranța publică și în special aceasta nu se limitează la păstrarea fie a unor date aferente unei perioade temporale și/sau unei zone geografice determinate și/sau unui cerc de persoane determinate care ar putea fi implicate, într-un mod sau altul, în săvârșirea unei infracțiuni grave, fie a unor date referitoare la persoane care ar putea contribui, pentru alte motive, prin păstrarea datelor lor, la prevenirea, la detectarea sau la urmărirea penală a infracțiunilor grave.*

În ceea ce privește *durata de păstrare a datelor*, Directiva 2006/24 impune, la articolul 6, păstrarea acestora pentru o perioadă de cel puțin șase luni (putând merge până la 24 de luni), fără a se face vreo distincție între categoriile de date în funcție de utilitatea lor eventuală în scopul realizării obiectivului urmărit sau în funcție de persoanele vizate.

În plus, durata respectivă este de minimum șase luni, fără a se preciza că stabilirea duratei de păstrare trebuie să fie întemeiată pe criterii obiective pentru a garanta limitarea acesteia la strictul necesar.

Din cele ce precedă rezultă că *Directiva 2006/24/CE nu prevede norme clare și precise care reglementează întinderea ingerinței în drepturile fundamentale consacrate la articolele 7 și 8 din Cartă*. Prin urmare, trebuie să se constate că această Directivă conține o ingerință în aceste drepturi fundamentale, care este de o mare amploare și de o gravitate deosebită în ordinea juridică a Uniunii, fără ca o astfel de ingerință să fie încadrată în mod precis de dispoziții care să permită garantarea faptului că ea este limitată efectiv la strictul necesar.

În privința proporționalității ingerinței, s-a reținut în hotărârea anterior menționată că obiectivul de interes general al Directivei 2006/24/CE, chiar dacă este fundamental, nu poate justifica necesitatea unor măsuri precum cele prevăzute prin aceeași Directivă, în scopul combaterii infracțiunilor indicate de aceasta (paragraful 51).

Problema esențială în conflictul dintre interesul general și interesul personal, identificat de CJUE, este *proporționalitatea între scop și mijloace*, care se referă la

raportul dintre nevoia de a folosi date de identificare din comunicațiile electronice pentru anchete penale, pe de o parte, și felul în care sunt stocate și folosite aceste date, pe de altă parte, astfel încât să respecte și drepturile abonaților⁵⁾.

3. Reglementarea internă. Noul Cod de procedură penală

În Expunerea de motive a Legii pentru punerea în aplicare⁶⁾ a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale, referitor la metodele de cercetare prevăzute de noul Cod de procedură penală (în continuare „NCP”), autorii fac o afirmație cel puțin surprinzătoare, raportat la conținutul efectiv al acestor noi procedee probatorii, anume că „tehnicele de cercetare presupun intruziuni minime în viața privată a persoanei, astfel încât *nu se justifică reglementarea unor garanții excesive, care au ca finalitate îngreunarea activității de urmărire penală și creșterea volumului de activitate a organelor judiciare*”.

În cele ce urmează voi încerca să demonstrez labilitatea acestei afirmații, studiul concentrându-se în acest sens asupra a două dintre cele mai controversate instituții dintre metodele speciale de cercetare instituite de NCP, anume *obținerea datelor* generate sau prelucrate de către furnizorii de rețele publice de comunicații electronice sau furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, altele decât conținutul comunicațiilor și reținute de către aceștia (în formă abreviată, „obținerea datelor”) - art. 138 alin. (1) lit. j), raportat la art. 152 NCP, respectiv, *participarea autorizată la anumite activități* - art. 138 alin. (1) lit. h), raportat la art. 150 NCP.

Se impun aici câteva observații liminare.

Deși sintetizarea metodelor speciale de supraveghere sau cercetare într-un singur act normativ pare a fi un lucru benefic, trebuie reflectat asupra finalității efective a unei astfel de abordări, din perspectiva întrebării: ce se pierde atunci când ceva se câștigă?

Aparent, am câștigat la nivelul rigorii formale și al celerității, dar oare nu am pierdut în același timp ceva, apropiindu-ne periculos de mult de ceea ce am putea numi trivializarea ingerințelor în drepturile fundamentale⁷⁾? Toate metodele grupate în art. 138 NCP au fost preluate din legislația specială (aplicabilă doar anumitor infracțiuni), fiind concentrate în noul cod sub numitorul comun de metode *speciale*. Cât timp aceste metode păstrează un caracter special, nu ar fi fost mai firesc ca ele să

⁵⁾ Gh. Florea, *Perspectivile evoluției legislative la nivelul Uniunii Europene și în plan național în ceea ce privește secretul profesional și confidențialitatea comunicărilor dintre avocat și client. Preocupări actuale privind secretul profesional în cadrul profesiei de avocat în România*, articol disponibil la <http://www.juridice.ro/351780/perspectivile-evolutiei-legislative-la-nivelul-uniunii-europene-si-in-plan-national-in- ceea-ce-priveste-secretul-profesional-si-confidentialitatea-comunicarilor-dintre-avocat-si-client-preocupari-act.html>.

⁶⁾ Legea nr. 255/2013, publicată în M. Of. nr. 515 din 14 august 2013. Expunerea de motive a acestei legi este disponibilă la <http://www.cdep.ro/proiecte/2013/100/30/1/em249.pdf>.

⁷⁾ Fl. Ciopec, *Noul Cod de procedură penală român (The New Romanian Code of Criminal Procedure)*, Journal of Eastern-European Criminal Law no. 1/2014, Ed. Universul Juridic, București, p. 42.

rămână afectate legislațiilor de origine, de asemenea tratate ca speciale? Transferul acestor proceduri speciale în dreptul comun (NCPP) le face doar mai vizibile, mai frecventabile și deci mai ușor de acceptat. Excepția s-a transformat astfel în regulă.

3.1 Obținerea datelor (art. 152 NCPP)

Analiza se va concentra în cele ce urmează asupra metodei speciale de cercetare privind obținerea datelor (art. 152 NCPP) și, ulterior, va avea în vedere participarea autorizată la anumite activități (art. 150 NCPP), răsturnând ușor ordinea impusă de NCPP, întrucât prima instituție vizată este nu doar o capcană a noii reglementări procesual penale, ci un adevărat teren minat. Este o instituție unică, dar, din nefericire, într-un mod negativ.

Este, de altfel, singura metodă specială de cercetare care nu beneficiază de o definiție prealabilă, în cuprinsul art. 138 NCPP, așa cum s-a procedat în cazul tuturor celorlalte metode speciale de supraveghere sau cercetare. Probabil a fost avută în vedere definiția din legea specială la care face trimitere art. 152 NCPP. Dar respectiva definiție nu mai este de actualitate, din motive ce vor deveni evidente.

În primul rând, trebuie remarcat faptul că încă din alin. (1) al art. 152 NCPP se face precizarea că organele de urmărire penală, cu autorizarea prealabilă a judecătorului de drepturi și libertăți, pot solicita unui furnizor de rețele publice de comunicații sau unui furnizor de servicii de comunicații electronice destinate publicului - transmiterea datelor *reținute în baza legii speciale* (...) în cazul în care există o suspiciune rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni.

Aici transpare marea problemă a acestei noi instituții.

Legea specială la care face trimitere textul art. 152 NCPP - Legea nr. 82/2012 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de rețele publice de comunicații electronice și de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului - a fost declarată neconstituțională prin Decizia nr. 440⁸⁾ din 8 iulie 2014 a Curții Constituționale.

Din această situație rezultă o serie de probleme majore.

În primul rând, așa cum se cunoaște, Legea nr. 82/2012 reprezenta transpunerea în legislația internă a Directivei 2006/24/CE, iar așa cum am arătat mai sus, *Directiva a fost declarată nevalidă* prin Hotărârea CJUE din 8 aprilie 2014, pronunțată în cauzele conexe C-293/12 - *Digital Rights Ireland Ltd. împotriva Minister for Communications, Marine and Natural Resources și alții* - și C-594/12 - *Kärntner Landesregierung și alții*. Prin hotărârea menționată, instanța europeană a constatat ca Directiva analizată încalcă dispozițiile art. 7, art. 8 și art. 52 alin. (1) din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

Legea nr. 82/2012 nu era decât avatarul nereușit al unei alte legi interne, de fapt prima transpunere a Directivei 2006/24/CE - Legea nr. 298/2008 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului sau de rețele publice de comunicații, la rândul său declarată neconstituțională (prin Decizia nr. 1258 din 8 octombrie 2009).

⁸⁾ Publicată în M. Of. nr. 653 din 4 septembrie 2014.

Date fiind premisele greșite ale primei legi de transpunere, era oarecum previzibil eșecul Legii speciale nr. 82/2012.

Spre deosebire de legea originară, Legea nr. 82/2012 a extins semnificativ sfera infracțiunilor care se circumscriu noțiunii de infracțiune gravă (de exemplu, infracțiuni de criminalitate organizată, terorism, infracțiuni contra siguranței statului, pruncucidere, vătămare corporală gravă, viol, tâlhărie, act sexual cu un minor, distrugere, ultraj, evadare, înlesnirea evadării, infracțiunile de falsuri în înscrisuri, asociere pentru săvârșirea de infracțiuni, furt calificat sau înșelăciune, infracțiunile de corupție, infracțiunile asimilate acestora, infracțiunile în legătură directă cu infracțiunile de corupție sau cu cele asimilate acestora, precum și infracțiunile împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, evaziune fiscală, pornografie infantilă ș.a.), și, mai mult, permitea accesul organelor judiciare și al organelor de stat cu atribuții în domeniul siguranței naționale la datele reținute - inclusiv pentru rezolvarea cauzelor cu persoane dispărute ori *pentru punerea în executare a unui mandat de arestare sau de executare a pedepsei*, extindere ce a fost posibilă, prin înseși dispozițiile Directivei 2006/24/CE, care lăsau la latitudinea statelor membre stabilirea situațiilor în care se aplica actul normativ de transpunere a Directivei.

În al doilea rând, se observă o primă contradicție între legea specială, care permitea organelor judiciare solicitarea de date chiar și pentru punerea în executare a mandatelor de arestare/executare a pedepsei, și scopul enunțat de actualul art. 152 NCPP, potrivit căruia se recurge la solicitarea de date doar în cazul unei suspiciuni rezonabile că se comite o infracțiune din categoria celor prevăzute de legea specială, iar acele date pot constitui probe în procesul penal. În realitate însă se pare că art. 152 este aplicabil și altor situații, prin raportare la o lege specială neconstituțională!

În al treilea rând, textul art. 152 NCPP este eliptic în privința momentului când expiră obligația de păstrare a datelor reținute de către furnizorii de servicii de comunicații electronice, dar acest lucru nu este de fapt decât efectul lacunei de reglementare a unei astfel de durate din legea specială. Practic, în temeiul legii speciale, se valida o *obligație infinită a furnizorilor de servicii de comunicații electronice* din România de a păstra pentru șase luni toate datele de trafic, localizare și identificare a tuturor abonaților. Or, caracterul continuu al obligației de reținere a datelor generate sau prelucrate în cadrul activității acestor furnizori a reprezentat, din perspectiva instanței de contencios constituțional, exprimată prin Decizia nr. 1.258 din 8 octombrie 2009, un motiv de constatare a neconstituționalității prevederilor Legii nr. 298/2008. Cu toate acestea, lipsa reglementării unei durate a obligației a fost menținută în continuare de legea considerată o versiune îmbunătățită, Legea nr. 82/1012.

În al patrulea rând, potrivit alin. (3) al art. 152 NCPP, furnizorii de servicii de comunicații electronice care colaborează cu organele de urmărire penală au obligația de a păstra *secretul operațiunii* efectuate. Referitor la acest caracter secret al operațiunii, prin Decizia de neconstituționalitate nr. 440/2014 s-a statuat, în mod just, că „Împrejurarea că păstrarea datelor și utilizarea lor ulterioară sunt efectuate fără ca abonatul sau utilizatorul înregistrat să fie informat cu privire la aceasta este susceptibilă să imprime în conștiința persoanelor vizate sentimentul că viața lor privată face obiectul unei supravegheri constante” (paragraful 55). De aici, probabil, și denumirea laică a Legii nr. 82/2012 de „legea Big Brother”.

În al cincilea rând, e adevărat că art. 152 NCPP consacră regula potrivit căreia nu conținutul în sine al datelor reținute de furnizorii de servicii este de interes pentru organele de urmărire penală în depistarea infracțiunilor grave, ci informații mai degrabă de ordin tehnic, care pot conduce la identificarea făptuitorilor. Or, la o analiză mai atentă a legii speciale, aceste date solicitate, deși au un caracter predominant tehnic, sunt reținute în scopul furnizării informațiilor cu privire la o persoană și viața sa privată. Chiar dacă, teoretic, organele judiciare nu urmăresc să afle conținutul comunicării sau al informațiilor consultate în timpul utilizării unei rețele de comunicații electronice, celelalte date reținute, ce au ca scop identificarea apelantului și a apelatului, respectiv a utilizatorului și a destinatarului unei informații comunicate pe cale electronică, a sursei, destinației, datei, orei și duratei unei comunicări, a tipului de comunicare, a echipamentului de comunicație sau a dispozitivelor folosite de utilizator, a locației echipamentului de comunicații mobile, precum și a altor „date necesare” - nedefinite în lege - sunt de natură să prejudicieze substanțial dreptul la libera comunicare sau exprimare, dar și dreptul la viața privată.

Așa cum se indică și în Hotărârea CJUE de invalidare a Directivei 2006/24/CE, datele avute în vedere conduc la concluzii foarte precise privind viața privată a persoanelor ale căror date au fost păstrate.

În al șaselea rând, nici legea specială și, deci implicit, nici textul art. 152 NCPP nu respectă cerințele de accesibilitate, claritate și previzibilitate consacrate de mult timp la nivelul jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului sau a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

În concret, textul art. 152 NCPP rămâne ancorat într-o lege declarată neconstituțională și cuprinde norme relativ vagi cu privire la conținutul și aplicarea în practică a măsurii utilizării datelor, iar persoanele ale căror date au fost păstrate nu beneficiază de garanții procedurale suficiente, care să le asigure o protecție eficientă împotriva abuzurilor din partea autorităților. E adevărat că solicitarea acestor date se efectuează cu autorizarea prealabilă a unui judecător de drepturi și libertăți, dar dincolo de acest moment, care instituie o garanție procedurală minimală, mai curând la nivel formal, există o doză foarte mare de necunoscut în ceea ce privește manipularea acestor date ulterior obținerii lor. Ce se întâmplă în situația, perfect posibilă în practică, în care organele de urmărire penală s-au aflat pe o pistă greșită a suspiciunii rezonabile și nu persoana ale cărei date au fost solicitate era suspectul în cauză? Vor putea fi folosite datele obținute - inclusiv împotriva unui particular inocent? Și, mai mult, cât timp vor fi păstrate acele date de către organele de urmărire penală? Or, exact în ceea ce privește utilizarea propriu-zisă a acestor date se ridică problema conformității reglementării procesual penale cu dispozițiile dreptului european și cu exigențele legii fundamentale.

În al șaptelea rând, se pare că, potrivit art. 152 NCPP, doar organele de urmărire penală sunt condiționate, în obținerea datelor de la furnizorii de servicii de comunicații electronice, de autorizarea judecătorului de drepturi și libertăți. Ceea ce înseamnă că autoritățile din domeniul siguranței naționale, de exemplu, lucrătorii SRI, pot avea acces la astfel de date, chiar în absența autorizării din partea unui judecător.

Astfel, potrivit art. 9 lit. e) din Legea nr. 14/1992 privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații (modificată)⁹⁾, „În vederea stabilirii

⁹⁾ Publicată în M. Of. nr. 33 din 3 martie 1992.

existenței amenințărilor la adresa securității naționale, prevăzute la art. 3 din Legea nr. 51/1991 privind siguranța națională a României, cu modificările ulterioare, serviciile de informații pot efectua, cu respectarea legii, verificări prin obținerea datelor generate sau prelucrate de către furnizorii de rețele publice de comunicații electronice sau furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, altele decât conținutul acestora, și reținute de către aceștia potrivit legii.

Se deschide aici calea unei alte ingerințe grave în viața privată în general, precum și în secretul corespondenței, în mod special.

În al optulea rând, probabil cea mai acută problemă rămâne cea legată de (in) aplicabilitatea efectivă a art. 152 NCPP până la adoptarea de către Parlament a unei noi legi privind reținerea datelor, care să fie în acord cu exigențele constituționale.

Consider că se impunea, printr-o corelare logică, declararea neconstituționalității art. 152 NCPP, urmare firească a faptului că acest articol, încă în vigoare, continuă să facă trimitere la o lege declarată neconstituțională. Refuzul Curții Constituționale de a declara neconstituțional inclusiv acest text a fost motivat prin aceea că „textul criticat nu reglementează procedura de reținere și stocare a datelor generate sau prelucrate de către furnizorii de rețele publice de comunicații electronice, ci doar stabilește procedura de autorizare prealabilă, de către judecătorul de drepturi și libertăți, a solicitării adresate acestor furnizori de către organele de urmărire penală, în vederea accesării și utilizării datelor reținute. Acest text este cel care asigură controlul judecătoresc asupra activităților reglementate de lege, constituind tocmai garanția procedurală a dreptului la viața intimă, familială și privată, prevăzut la art. 26 din Constituție” (paragraful 80 al Deciziei nr. 440/2014).

Efectul direct al acestei abordări a Curții Constituționale este că, teoretic, începând cu data de 4 septembrie 2014 (publicarea deciziei de neconstituționalitate), organele de urmărire penală nu mai au temei legal pentru solicitarea de date referitoare la abonații și utilizatorii furnizorilor de servicii de comunicații electronice.

Această stare de provizorat în materie procesual penală se poate însă prelungi, întrucât nimic nu garantează că viitoarea lege specială cu privire la obligația de retenție a datelor va respecta standardele constituționale.

3.2 Participarea autorizată la anumite activități¹⁰⁾ (art. 150 NCPP)

În materia probelor, NCPP inovează, cel puțin la nivel teoretic, prin reglementarea unor principii mai clare față de Codul de procedură penală anterior.

Printre acestea, se remarcă, în mod special, *principiul loialității administrării probelor*, consacrat de art. 101 NCPP. Rațiunea care a stat la baza reglementării acestui principiu a constat, potrivit Expunerii de motive a NCPP¹¹⁾, în faptul că regulile de obținere a probelor în actuala reglementare au fost gândite de așa manieră încât să determine „creșterea profesionalismului organelor judiciare în obținerea

¹⁰⁾ Cu privire la o altă abordare a metodei speciale de cercetare, a se vedea M. Roibu, *Provocarea la comiterea infracțiunilor de corupție. Încălcarea dreptului la un proces echitabil (Entrapment in Case of Corruption Offenses. Breach of the Right to a Fair Trial)*, Journal of Eastern-European Criminal Law no. 2/2014, Ed. Universul Juridic, București, p. 94.

¹¹⁾ Expunerea de motive a proiectului Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, disponibilă la www.just.ro.

probelor, iar pe de altă parte, să garanteze respectarea fermă a drepturilor părților un proces echitabil”.

În același context, a fost reglementată mult mai explicit față de anterioara reglementare [fostul art. 68 alin. (2) din Codul de procedură penală de la 1968] *interdicția provocării la comiterea de infracțiuni în scopul obținerii de probe* în procesul penal [actualul art. 101 alin. (3) NCPP].

În cuprinsul art. 101 alin. (3) se precizează că este interzis organelor judiciare penale sau altor persoane care acționează pentru acestea să provoace o persoană să săvârșească ori să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii unor probe.

Oarecum în contradicție cu scopul nobil al principiului edictat anterior, acela de a asigura efectivitatea dreptului la un proces echitabil, prin interdicția provocării, NCPP reglementează pentru prima oară, în categoria metodelor speciale de cercetare, participarea autorizată la anumite activități, prin care, în accepțiunea noii legi procesual penale [art. 138 alin. (11)], se înțelege *comiterea unei fapte similare laturii obiective a unei infracțiuni de corupție, efectuarea de tranzacții, operațiuni sau orice fel de înțelegeri privind un bun sau privind o persoană despre care se bănuiește că ar fi dispărută, că este victima traficului de persoane ori a unei răpiri, efectuarea de operațiuni privind droguri, precum și prestarea unui serviciu, desfășurate cu autorizarea organului judiciar competent, în scopul obținerii de mijloace de probă*.

Datorită conținutului aparent antagonic al celor două texte invocate mai sus, art. 101 alin. (3) NCPP și art. 138 alin. (11) NCPP, care, pe de o parte, interzic provocarea în scopul obținerii de probe, pe de altă parte, permit infiltrarea investigatorilor sub acoperire care pot merge până la comiterea unor activități asimilabile faptelor de corupție, trebuie operată o distincție importantă, în funcție de care urmează a se stabili limitele în care se pot desfășura în mod legal activități de către organele de cercetare penală, dincolo de care suntem în prezența unei activități de provocare, nelegală și expres interzisă de legea procesuală.

Astfel, trebuie distins între atitudinea pasivă a organului de cercetare penală, care, participând la activitățile enumerate de art. 150 NCPP, trebuie să se rezume la rolul unui observator atent, implicat într-o activitate în curs de desfășurare, în scopul strângerii de probe, și atitudinea proactivă, de instigare a unei persoane la săvârșirea unei infracțiuni, cu același scop de a obține probe. Provocarea trebuie să presupună o intervenție definitorie a organului de cercetare penală, în absența căreia fapta nu s-ar fi produs.

Corelativ, trebuie operată distincția între investigatorii sub acoperire¹²⁾, care, potrivit art. 148 alin. (4) NCPP, sunt lucrători operativi din cadrul poliției judiciare, și se caracterizează printr-o atitudine procesuală pasivă de culegere de date și informații pe care le pun la dispoziția procurorului și, respectiv, agenții provocatori, în cazul cărora există doar o definiție doctrinară. Astfel, agentul provocator reprezintă agentul infiltrat al statului sau orice altă persoană care acționează sub coordonarea sau supravegherea unei autorități competente penale, și care își depășește, în

¹²⁾ Colaboratorul investigatorului sub acoperire intră în categoria mai largă a agentului sub acoperire. Pentru detalii, a se vedea V. Pușcașu, *Agenți sub acoperire. Provocarea ilegală a infracțiunii. Considerații (I)*, Caiete de drept penal nr. 2/2010, Ed. C.H. Beck, București, p. 32.

activitatea desfășurată, limitele atribuțiilor conferite de lege, acționând nu doar în scopul relevării activității infracționale a unei persoane, ci chiar provocând-o pe aceasta să comită infracțiuni în vederea administrării de probe în acuzare¹³⁾.

În jurisprudența sa constantă în materia provocării în scopul obținerii de probe¹⁴⁾, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (în continuare „Curtea”) a statuat în mod clar că „interesul public în combaterea criminalității nu poate justifica folosirea de probe obținute ca efect al instigării polițienești” (paragraful 36 al hotărârii *Teixeira de Castro*).

Prin acest *dictum*, Curtea instituie practic regula folosirii excepționale a agenților acoperiți, în condiții bine delimitate și care să asigure garantarea drepturilor procesuale ale acuzatului. Curtea de la Strasbourg a precizat în mod explicit că un deziderat justificat, precum combaterea infracționalității grave, nu poate motiva măsuri abuzive din partea autorităților judiciare.

Practic este complet inechitabil a folosi mecanismele statale pentru angajarea răspunderii penale a unei persoane a cărei faptă a fost generată chiar de organele statului.

În situația în care s-a dovedit existența provocării la comiterea unei infracțiuni, NCPP oferă, doar în mod indirect, soluții referitoare la sancțiunea aplicabilă probelor obținute ca efect al provocării.

Desigur, prima soluție la îndemână ar fi sancțiunea excluderii probelor, prin corelarea dispozițiilor art. 101 alin. (3) C. proc. pen. - interdicția provocării - cu cele ale art. 102 alin. (2) - conform căruia probele obținute în mod nelegal (s.n. - deci inclusiv prin provocarea ilegală a infracțiunii) nu pot fi folosite în procesul penal.

Doctrina¹⁵⁾ a făcut propuneri inovatoare în acest sens, considerându-se că soluții precum cea de excludere a unor probe ca fiind ilicite sau a considerării provocării ca circumstanță atenuantă nu sunt suficiente pentru a înlătura inechitatea judecării și condamnării unei persoane în aceste condiții. Soluția preferabilă ar fi aceea de a nu trimite în judecată un făptuitor provocat sau, în orice caz, de a nu-l condamna¹⁶⁾.

În orice caz, dacă proba constă în declarația unui investigator sub acoperire, iar instanța nu este convinsă dincolo de orice dubiu rezonabil că a existat provocare, trebuie manifestată precauție în alegerea soluției de condamnare, în acest sens fiind și logica art. 103 alin. (3) C. proc. pen., care prevede că hotărârea de condamnare nu se poate întemeia în măsură determinantă pe declarațiile investigatorului, ale colaboratorului sau ale martorilor protejați.

Probleme de aplicare suscită și conținutul art. 150 C. proc. pen. (precizat) referitor la participarea autorizată la anumite activități, de aceea analiza revine asupra lui.

¹³⁾ O. Predescu, M. Udrioiu, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la agenții provocatori*, Dreptul nr. 1/2009, p. 243.

¹⁴⁾ Cauze CEDO precum *Teixeira de Castro c. Portugaliei* (9 iunie 1998), *Vanyan c. Rusiei* (15 decembrie 2005), *Ramanauskas c. Lituaniei* (5 februarie 2008), *Bulfinsky c. României* (1 iunie 2010) ș.a.

¹⁵⁾ V. Pușcașu, *Agentei sub acoperire. Provocarea ilegală a infracțiunii. Considerații (I)*, Caiete de drept penal nr. 2/2010, Ed. C.H. Beck, București, p. 77.

¹⁶⁾ ÎCCJ, s. pen., menținere a deciziei de achitare a inculpatului (în materia provocării), dec. nr. 2323 din 28 iunie 2012, disponibilă la www.scj.ro.

În concret, cea de-a doua condiție [art. 150 alin. (1) lit. b)] pentru ca procurorul să dispună, în mod autorizat, participarea investigatorilor sub acoperire la anumite activități, este aceea ca măsura să fie proporțională cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale, date fiind particularitățile cauzei, importanța *informațiilor* sau a probelor ce urmează a fi obținute ori gravitatea infracțiunii. Din modul în care a fost redactată această condiție, ar rezulta că procurorul poate dispune măsura participării autorizate la anumite activități (măsură care are caracter subsidiar și se autorizează în cazuri de excepție) chiar și când trebuie obținute simple informații, iar nu probe. Dacă organele judiciare trebuie să recurgă la astfel de procedee neconvenționale, a căror folosire trebuie să aibă loc cu titlu de excepție, dată fiind inegalitatea evidentă de arme procesuale dintre agentul statal (investigatorul/colaboratorul sub acoperire) și persoana asupra căreia planează o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni grave, doar în scopul obținerii unor informații despre o infracțiune, scopul acestei metode speciale de cercetare penală nu este justificat. În acest context, principiul proporționalității măsurii cu restrângerea drepturilor fundamentale se estompează și este golit de conținut.

Nu există niciun raport de proporționalitate între drepturile fundamentale ale individului și autorizarea investigatorilor acoperiți, ale cărei limite sunt împinse până la comiterea unei fapte similare laturii obiective a unei infracțiuni de corupție, doar cu scopul strângerii de informații. Credem că informațiile pot fi obținute prin alte procedee probatorii, iar nu prin recurgera la o astfel de operațiune căreia însuși Noul Cod îi imprimă un caracter subsidiar și cu totul particular, cu valabilitate temporară.

De asemenea, probleme de interpretare suscită și alin. (7) al art. 150 NCPP, conform căruia organele judiciare pot folosi sau pune la dispoziția persoanei care desfășoară activitățile autorizate *orice înscrisuri sau obiecte* pentru desfășurarea activității autorizate.

În cazul unei infracțiuni de corupție, chestiunea delicată este aceea de a ști dacă investigatorul sub acoperire poate uza de *bani* în scopul strângerii de probe cu privire la pregătirea sau comiterea infracțiunii de corupție. Cu alte cuvinte, sunt banii asimilabili, din punct de vedere juridic, înscrisurilor sau obiectelor necesare pentru ca agentul acoperit să poată desfășura activitatea pentru care a primit autorizație?

Cred că semnificația termenului ar trebui să rămână una autonomă, mai precis strict aceea de „însemne monetare” în accepțiunea Legii nr. 348/2004 privind denominarea monedei naționale¹⁷⁾, prin urmare banii nu pot fi calificați nici ca înscrisuri, nici ca obiecte. În doctrină¹⁸⁾ s-a dat o definiție înscrisului ca fiind actul unilateral sau convențional care emană de la una sau mai multe persoane fizice sau juridice de drept public (inclusiv organe judiciare) sau de drept privat ori care aparține acestor persoane.

De altfel, delimitarea între aceste noțiuni se poate realiza și prin faptul că, deși nu există o definiție expresă a înscrisurilor sau obiectelor nici în Noul Cod penal¹⁹⁾,

¹⁷⁾ Publicată în M. Of. nr. 664 din 23 iulie 2004.

¹⁸⁾ M. Udrioiu, *Procedură penală. Partea generală. Noul Cod de procedură penală. Sinteze și grile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 277.

¹⁹⁾ Noul Cod penal definește doar înscrisul oficial ca fiind orice înscris care emană de la o persoană juridică dintre cele la care se referă art. 176 (n.a., autorități publice, instituții

nici în Noul Cod de procedură penală, sensul acestor termeni poate fi dedus. Astfel, potrivit art. 197 alin. (1) C. proc. pen., obiectele care conțin sau poartă o urmă a faptei săvârșite, precum și orice alte obiecte care pot servi la aflarea adevărului sunt *mijloace materiale de probă*; potrivit art. 198 alin. (1) C. proc. pen., înscrisurile pot servi ca *mijloace de probă*, dacă, din conținutul lor, rezultă fapte sau împrejurări de natură să contribuie la aflarea adevărului.

În opinia mea, în ipoteza în care investigatorul sub acoperire va pune la dispoziția persoanei bănuite că pregătește sau este în curs de a comite o infracțiune de corupție - o sumă de bani - acesta depășește limitele unui observator pasiv, infiltrat în scopul strângerii de probe și, ca atare, vom fi în prezența provocării, interzisă expres de art. 101 alin. (3) NCPP.

Metoda specială a participării autorizate la anumite activități reprezintă o noutate absolută pentru legislația procesual-penală română. Asemenea metodei de cercetare privind obținerea datelor, aceasta ridică numeroase semne de întrebare, întrucât limitele autorizației înăuntrul căreia operează investigatorii/colaboratorii sub acoperire par a fi foarte generoase, Noul Cod conferind agenților statului posibilitatea comiterii unei fapte similare laturii obiective a unei infracțiuni de corupție, ceea ce presupune o gamă foarte largă de modalități de comitere a faptei (inclusiv din punct de vedere logistic), și, teoretic, va asigura succesul operațiunii investigatorului acoperit, lăsând puține șanse de apărare persoanei acuzate.

Din acest punct de vedere, datorită riscului de confuzie generat de NCPP, în practica judiciară sarcina instanțelor va consta tocmai în a stabili cât mai exact până unde poate merge participarea autorizată la anumite activități și unde începe de fapt provocarea.

Fără pretenții de exhaustivitate, am analizat anterior doar două dintre cele mai controversate metode speciale de cercetare reglementate de noul Cod de procedură penală.

Atât participarea autorizată la anumite activități (art. 150 NCPP), cât și obținerea datelor (art. 152 NCPP) se dovedesc a fi adevărate capcane procedurale pentru persoanele împotriva cărora sunt folosite aceste tehnici, prin aceea că astfel de metode invazive de investigație ascund, în spatele unor scopuri nobile, precum lupta împotriva criminalității grave, încălcări dintre cele mai brutale ale unor drepturi fundamentale, cum sunt dreptul la viața privată, dreptul la libertatea de exprimare sau dreptul la un proces echitabil.

Deși a avut șansa de a fi un Cod de procedură penală cu adevărat modern, fiind cel mai recent dintre cele nou-adoptate în Europa²⁰⁾, NCPP român a ratat-o și încă mai are multe controverse de elucidat. Un cod de procedură penală care conține capcane procedurale și elipse de reglementare, care a creat serioase dificultăți în practică după doar 1 an de la intrarea în vigoare, demonstrează, încă o dată, adevărul trist al maximei conform căreia orice operă legislativă este fatalmente imperfectă.

publice ori alte persoane juridice care administrează sau exploatează bunurile proprietate publică) ori de la o persoană prevăzută în art. 175 alin. (2) (n.a., funcționarul public) sau care aparține unor asemenea persoane.

²⁰⁾ Cu titlu de exemplu, Republica Moldova a adoptat un nou Cod de procedură penală în 2003, Bulgaria în 2006, Serbia și Ucraina au coduri noi începând din 2012.

ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE PRIVIND ORDONANȚELE DE URGENȚĂ ALE GUVERNULUI ÎN CONTEXTUL PREVEDERILOR CONSTITUȚIONALE ÎN VIGOARE ȘI AL JURISPRUDENȚEI CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIEI

*Lector univ. dr. Oana ȘARAMET
Facultatea de Drept
Universitatea Transilvania din Brașov*

§ Theoretical and Practical Aspects Regarding Emergency Ordinances Adopted by Government in the Context of the Current Constitutional Provisions and the Jurisprudence of the Constitutional Court of Romania

Abstract

According to current constitutional provisions, Romanian Government may adopt emergency ordinances, expression of legislative delegation, along with ordinances adopted by this authority, under the enabling law passed by Parliament.

However, the Government, in adopting emergency ordinances, should follow the conditions and limitations required by constitutional provisions regarding: the fields that may be adopted; the existence of exceptional cases, the regulation of which cannot be postponed, mandatory submission for debate to the Parliament.

Unfortunately, the constant jurisprudence of the Constitutional Court of Romania in these fields emphasizes that the Government is trying to overuse these emergency ordinances affecting Parliament's legislative function.

Key words: *emergency ordinances, Government, exceptional cases, jurisprudence, Constitutional Court of Romania.*

1. Precizări prealabile

Majoritatea constituțiilor¹⁾ prevăd, în mod expres, faptul că Parlamentul este autoritatea legiuitoare a unui stat. Constituția României, republicată, este, în opinia noastră, mai restrictivă, dar tocmai în încercarea de a impune un adevărat monopol legislativ în favoarea Parlamentului, motiv pentru care art. 61 alin. (1) prevede că acesta este unica autoritate a legiuitoare a țării.

Așadar, dacă ar fi să interpretăm restrictiv prevederile constituționale ale articolului anterior menționat [art. 61 alin. (1)], ar trebui să înțelegem că, în toate domeniile, legiferarea trebuie să fie realizată doar de către Parlament. Or, practic, pe lângă faptul că o astfel de sarcină de reglementare a tuturor relațiilor sociale dintr-o societate ar fi dificil, dacă nu imposibil de adus la îndeplinire, ar putea provoca chiar și un blocaj al activității autorităților și instituțiilor publice, blocaj ce ar putea afecta chiar și activitatea Guvernului.

Mai mult decât atât, doctrina apreciază că această atribuție a Parlamentului, de organ unic legiuitor, rezultă inclusiv din abilitarea pe termen limitat a Guvernului de a emite ordonanțe simple, pe care apoi să le supună, de regulă, aprobării sale²⁾.

Deși, superficial privind, abilitarea Guvernului printr-o lege de către Parlament în vederea emiterii de ordonanțe s-ar traduce prin exercitarea unei împuterniciri acordate Guvernului care astfel doar ar pune în aplicare legea de abilitare, caz în care monopolul legislativ nu ar fi, așadar, pus sub semnul întrebării, de fapt tocmai acest monopol este negat. Această afirmație este justificată de faptul că prin Constituție a fost consfințită delegarea legislativă ca o modalitate de colaborare între Parlament și Guvern, și nu ca „o modalitate de manifestare” a monopolului legislativ al Parlamentului.

Astfel, observând atribuțiile constituționale, întâi de toate, dar nu numai, pe care le exercită în îndeplinirea funcțiilor sale, executivul român se implică în exercitarea funcției legislative, relevant pentru noi în aceste demers științific, fiind implicarea acestuia prin legislația delegată. Astfel, Constituția României consacră un articol acestei instituții, art. 115, în virtutea căruia delegarea legislativă poate fi de ordin legal - este cazul ordonanțelor simple sau obișnuite emise în baza unei legi de abilitare adoptate de Parlament - și de ordin constituțional - este cazul ordonanțelor de urgență. Iar art. 108 al legii fundamentale, prevăzând actele Guvernului, va menționa doar ordonanțele emise în temeiul unei legi de abilitare.

În construirea și dezvoltarea instituțiilor de drept, legiuitorul este obligat să țină cont de realitatea socială pe care acestea o vor reglementa, fără însă a o absolutiza.

¹⁾ Astfel, spre exemplu, prevederile art. 24 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 34 din Constituția Franței (Constituția Franței a fost revizuită ultima dată la 23 iulie 2008) precizează că legea este votată de Parlament, Constituția Italiei prevede, la art. 70, că funcția legislativă este exercitată în comun de cele două Camere, respectiv, potrivit art. 55 alin. (1), Camera Deputaților și Senatul Republicii, iar Legea fundamentală a Ungariei, Partea a III-a - Statul și Partea a IV-a - Curtea Constituțională specifică (noua Constituție a Ungariei a fost adoptată la data de 18 aprilie 2011), la art. 1 alin. (2), că în limita sferei sale de autoritate Parlamentul va vota legislația. Aceste constituții au fost consultate accesând site-ul http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html, la data de 30 martie 2015.

²⁾ M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, S. E. Tănăsescu, *Constituția României revizuită - comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 119-120.

În acest sens, inclusiv legiuitorul constituțional trebuie și va trebui să se adapteze realităților sociale care arată că elaborarea de norme juridice cu caracter primar a devenit o necesitate căreia trebuie să i se răspundă în perioade foarte scurte de timp. Este vizibil că, spre exemplu, sesiunile parlamentare desfășurate pe perioade limitate de timp, expres menționate uneori chiar de constituții, procedura parlamentară destul de greoaie de adoptare a legii, dar și durabilă în timp, nu permit, de multe ori, luarea de măsuri prompte și rapide, prin adoptarea de legi. În aceste condiții este recomandabil să existe o modalitate - delegarea legislativă - prin care executivul, în cazul de față un guvern, să fie cel nevoit să ia aceste măsuri pentru a putea acționa, în cazuri deosebite, chiar și prin emiterea de norme juridice primare.

În sensul celor afirmate în cele de mai sus nu putem a nu observa că, în prezent, delegarea legislativă se regăsește în majoritatea constituțiilor în vigoare din diferite state³⁾, nu doar în cea a României.

2. Consacrarea constituțională a ordonanței guvernamentale în România

Potrivit prevederilor constituționale în vigoare în România, expresia competenței legislative delegate este ordonanța guvernamentală. Regimul constituțional al acesteia îmbracă două forme reglementate de art. 115 din Constituția României, republicată:

- » regimul constituțional al ordonanțelor care evocă regula abilitării - regimul normal
- » regimul constituțional de excepție - regimul ordonanțelor de urgență⁴⁾.

Constituția noastră conține reglementări privind actele normative expresie a delegării legislative⁵⁾ - ordonanțele și ordonanțele de urgență - în art. 108 alin. (1),

³⁾ A se vedea, în acest sens, art. 38 din Constituția Franței, art. 77 din Constituția Italiei, art. 164-165 coroborate cu art. 198 din Constituția Portugaliei (Constituția Portugaliei a fost revizuită ultima dată în anul 2005), art. 82-86 din Constituția Spaniei, art. 7 din Capitolul VIII din Constituția Suediei, art. 80 din Legea fundamentală a RFG (ultima revizuire a acestei constituții a avut loc în anul 2012), art. 81 din Constituția Letoniei. Dacă, în cazul acestor legi fundamentale, delegarea legislativă este un apanaj al Guvernului, în constituțiile altor state, precum este Slovenia - art. 107 coroborat cu art. 108, sau Argentina - secțiunea 99 pct. 3, dreptul de a emite acte normative expresie a acestei delegări, în condițiile și în limitele expres menționate de prevederile constituționale amintite, aparține șefului statului. Aceste constituții au fost consultate accesând site-ul http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html, la data de 30 martie 2015.

⁴⁾ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Ed. All Beck, București, 2001, vol. I, p. 401.

⁵⁾ A se vedea în acest sens și: O. Șaramet, *Actele Guvernului - ordonanțele de urgență - cazul excepțional*, articol publicat în *Studii socio-juridice*, Ed. Romprint, Brașov, 2003; *Noțiunea, evoluția și fundamentul delegării legislative*, coautor, articol publicat în *Bulletin of the Transilvania University of Brasov* - vol. 14 (49)-2007, ISSN 1223-964X, coautorat, p. 535-539; *Identificarea normelor constituționale referitoare la domeniul delegării legislative în Constituția României și a altor state*, articol publicat în volumul Conferinței Internaționale „Challenges in higher education and research on 21st century”, Sozopol, Bulgaria, 4-7 iunie 2008, p. 693-696; sau *Juridical regime of the ordinances in the Romanian constitutional regime*, articol publicat în *Bulletin of the Transilvania University of Brasov* - Series VII: Social Sciences and Law, coautorat, p. 187-190.

(3) și (4), precum și în art. 115. Însă cunoașterea și aplicarea corectă a acestor norme constituționale presupune coroborarea și cu alte dispoziții de aceeași forță juridică, precum: art. 61 potrivit căruia Parlamentul este unica autoritate legiuitoare a țării, iar legile elaborate de acesta sunt, conform art. 73 alin. (1), de trei tipuri: constituționale, organice și ordinare. O importanță deosebită o are în contextul normativ constituțional alin. (3) al art. 73 al legii fundamentale care precizează, în mod expres și limitativ, domeniile legii organice, domenii în care, urmare a revizuirii și republicării Constituției, poate „legifera” și Guvernul prin ordonanțe de urgență.

Având în vedere că art. 75 al Constituției, republicate, stabilește competența materială distinctă a celor două Camere, specificând în ce domenii Camera Deputaților va fi primă Cameră sesizată, subînțelegându-se că în celelalte domenii această atribuție o va avea Senatul; cât și procedura ce va fi urmată, în aceste noi condiții, de cele două Camere pentru adoptarea unui proiect sau a unei propuneri legislative; depunerea sau trimiterea spre aprobare a ordonanțelor de urgență emise în domenii ale legilor organice, dar și în domeniul legilor ordinare se va face ținând cont și de aceste prevederi.

De asemenea, pentru a explica natura juridică a ordonanțelor trebuie luate în considerare și dispozițiile art. 146 lit. d) din Constituție conform căroră Curtea Constituțională hotărăște și asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial, excepția putând fi ridicată și direct de către Avocatul Poporului.

3. Ordonanța de urgență a Guvernului - aspecte privind condițiile necesar a fi întrunite pentru intrarea în vigoare

Spre deosebire de ordonanța legală, dispozițiile alin. (4)-(6) ale art. 115 din Constituția republicată prevăd regimul constituțional de excepție⁶⁾ - cel al ordonanțelor de urgență, precizând că, în situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată, urgența acestora trebuind să fie explicată în mod obligatoriu, în conținutul ordonanței, Guvernul poate emite ordonanțe de urgență, fără a fi emisă o lege de abilitare prealabilă în acest sens de către legislativ.

Textul constituțional precizează expres domeniile în care nu pot fi adoptate ordonanțe de urgență, dar și condițiile în care aceste ordonanțe vor intra în vigoare. Astfel, este necesar ca ordonanța de urgență să îndeplinească două condiții cumulative pentru a intra în vigoare:

- » să fie depusă spre dezbateră în procedură de urgență la Camera competentă să fie sesizată⁷⁾. Dacă nu se află în sesiune, Camerele vor fi convocate în mod obligatoriu în 5 zile de la depunere sau, după caz, de la trimitere;
- » să fie publicată în Monitorul Oficial, Partea I.

⁶⁾ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Ed. All Beck, București, 2005, vol. I, p. 407.

⁷⁾ Art. 113 și urm. din Regulamentul Camerei Deputaților, precum și art. 89 alin. (5) și art. 108-112 din Regulamentul Senatului conțin dispoziții, în concret, cu privire la procedura de adoptare în procedură de urgență a ordonanțelor de urgență ale Guvernului de către cele două Camere ale Parlamentului, prin raportare la competența materială stabilită de normele constituționale în vigoare, anume art. 75 din Constituție, republicată.

Camera sesizată are obligația ca, în termen de cel mult 30 de zile de la depunere, să se pronunțe asupra ordonanței, în caz contrar, ordonanța se consideră adoptată și se trimite celeilalte Camere care decide tot în procedură de urgență.

Aceste dispoziții constituționale sunt preluate și parțial completate de prevederile art. 12 alin. (2) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată⁸⁾, cu modificările și completările ulterioare, care precizează că ordonanțele de urgență ale Guvernului intră în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, sub condiția depunerii lor prealabile la Camera competentă să fie sesizată, dacă în cuprinsul lor nu este prevăzută o dată ulterioară⁹⁾.

Referitor la aceste două condiții necesar a fi întrunite, Curtea Constituțională a României a subliniat, în mod constant, prin jurisprudența¹⁰⁾ sa, că prevederile constituționale sunt cele care stabilesc cadrul și limitele exercitării dreptului de legiferare recunoscut Guvernului prin prevederile art. 115 din Constituție, alături de Parlamentul României, condiționând legitimitatea și deci constituționalitatea ordonanțelor Guvernului de îndeplinirea unor cerințe exprese, calificate în jurisprudența Curții Constituționale drept criterii de constituționalitate.

Curtea Constituțională¹¹⁾ a subliniat, de asemenea, că depunerea ordonanței de urgență spre dezbateră în procedură de urgență la Camera competentă să fie sesizată drept condiție necesară intrării în vigoare a actului normativ nu reprezintă altceva decât o obligație ce incumbă emitentului, respectiv Guvernului, în calitate de legiuitor delegat. Mai mult decât atât în cazul ordonanțelor de urgență, aprobarea de către Parlament, în procedură de urgență, este obligatorie, tocmai pentru că, în

⁸⁾ Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, a fost republicată, ultima dată, în M. Of. nr. 260 din 21 aprilie 2010.

⁹⁾ Ne exprimăm rezervele față de constituționalitatea prevederilor din teza finală a acestui articol privitoare la posibilitatea ca o ordonanță de urgență să intre în vigoare la o dată ulterioară, dacă în cuprinsul acesteia este prevăzută o astfel de dată. În susținerea acestei afirmații aducem chiar precizările Curții Constituționale privind înțelesul sintagmei „situații extraordinare”. Astfel, Curtea apreciază, inclusiv, că aceste situații exprimă un grad mare de abatere de la obișnuit sau comun și au un caracter obiectiv, Guvernul fiind constrâns să reacționeze prompt pentru apărarea unui interes public pe calea unei ordonanțe de urgență (a se vedea, în acest sens, spre exemplu, Decizia nr. 83/1998 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 211 din 8 iunie 1998 sau Decizia nr. 761/2014 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 46 din 20 ianuarie 2015). Or, „a acționa prompt” nu se traduce, în opinia noastră, prin posibilitatea ca ordonanța de urgență a Guvernului să poată intra în vigoare de la o altă dată, ulterioară celei a publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, necesitatea urgentă de a acționa nemaiputând fi justificată. Mai mult decât atât, Curtea Constituțională a subliniat că în ceea ce privește intrarea în vigoare „la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I”, precum prevede art. 12 alin. (2) din Legea nr. 24/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și „după publicarea în Monitorul Oficial al României”, după cum prevede art. 115 alin. (5) din Constituție, ambele expresii au aceeași semnificație, și anume că ordonanța de urgență intră în vigoare în ziua în care este publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I” (A se vedea, în acest sens, inclusiv Decizia Curții Constituționale a României nr. 28/2013, publicată în M. Of. nr. 164 din 27 martie 2013).

¹⁰⁾ În acest sens, a se vedea, spre exemplu, Decizia nr. 366/2014 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 644 din 2 septembrie 2014.

¹¹⁾ *Idem*.

acest din urmă caz, evenimentul legislativ a survenit în afara unei delegări din partea titularului dreptului de a legifera, astfel încât se impune controlul parlamentar asupra actului administrativ cu forță de lege, în temeiul art. 61 alin. (1) din Constituție. Or, controlul parlamentar - funcție deosebit de importantă a parlamentelor de azi pentru asigurarea echilibrului puterilor în stat, în cazul de față a echilibrului între legislativ și executiv - consacrat de legiuitorul constituant, a permis acestuia a condiționa intrarea în vigoare a ordonanței de urgență de declanșarea controlului parlamentar asupra acestui act normativ, prevăzând obligația Guvernului de a-l depune spre dezbatere în procedură de urgență la Camera competentă să fie sesizată, astfel fiind garantat statutul Parlamentului de unică autoritate legiuitoare a țării. Coroborând prevederile constituționale cu cele din regulamentele celor două Camere ale Parlamentului¹²⁾, momentul depunerii ordonanței de urgență la camera competentă a fi sesizată este acela al înregistrării sesizării care are ca obiect proiectul de lege privind aprobarea ordonanței de urgență, înaintat, în original, la Biroul permanent al Camerei competente.

Pe de altă parte, alin. (7) și (8) ale art. 115 din Constituție specifică faptul că ordonanțele cu care Parlamentul a fost sesizat se aprobă sau se resping printr-o lege în care vor fi cuprinse și ordonanțele ale căror efecte au încetat pentru că nu au fost supuse aprobării, potrivit legii de abilitare, până la împlinirea termenului de abilitare, iar, dacă este cazul, prin această lege de aprobare sau respingere vor fi reglementate și măsurile necesare cu privire la efectele juridice produse pe perioada de aplicare a ordonanței. Pentru că textul constituțional nu face nicio precizare cu privire la ce ordonanțe - cele emise în baza legii de abilitare sau cele de urgență - vor fi cuprinse de o astfel de lege prevăzută la alin. (7) art. 115 din Constituție, republicată, considerăm că legiuitorul constituant a avut în vedere ambele tipuri de ordonanțe, fără a distinge între acestea. Considerăm necesar a sublinia și faptul că, prin jurisprudența¹³⁾ sa, Curtea Constituțională a României a subliniat că atunci când se constată neconstituționalitatea unei legi de aprobare a unei ordonanțe a Guvernului, inclusiv a unei ordonanțe de urgență a acestuia, constatarea neconstituționalității vizează și ordonanța la care se referă, aceasta încetând a mai produce efecte juridice, în condițiile art. 147 alin. (1) din Constituție.

¹²⁾ Astfel, conform prevederilor Regulamentului Senatului, art. 89 alin. (5), (6) și (8) coroborate cu cele ale art. 114, termenul în care Senatul, ca primă Cameră sesizată, se pronunță asupra proiectelor de lege de aprobare cu care este sesizat [cel de 30 zile pe care-l prevede art. 115 alin. (5) din Constituție, s.n.], se calculează de la data înregistrării acestora la Biroul permanent. În același sens sunt și prevederile art. 113 alin. (1) din Regulamentul Camerei Deputaților, care precizează, în teza finală că de la regula instituită de acest text „fac excepție ordonanțele de urgență, pentru care termenul este de 30 de zile de la data depunerii acestora la Camera Deputaților.” Regulamentul Senatului a fost publicat în M. Of. nr. 948 din 25 octombrie 2005, ulterior mai suferind modificări și completări, iar Regulamentul Camerei Deputaților a fost republicat în M. Of. nr. 762 din 13 noiembrie 2012, și acesta fiind, ulterior, modificat și completat.

¹³⁾ A se vedea în acest sens, spre exemplu, Decizia Plenumului Curții Constituționale a României nr. 1/1995, publicată în M. Of. nr. 16 din 26 ianuarie 1995, sau Decizia Curții Constituționale a României nr. 761/12014, publicată în M. Of. nr. 46 din 20 ianuarie 2015.

4. Ordonanța de urgență a Guvernului - aspecte privind condițiile necesar a fi întrunite pentru adoptarea unei ordonanțe de urgență conform prevederilor art. 115 alin. (4) și (6) din Constituție

Spre deosebire de ordonanța legală care permite Guvernului „a legifera” doar în anumite domenii expres menționate prin legea de abilitare, îngrădindu-i¹⁴⁾ astfel, în mare măsură, libertatea de apreciere asupra acestora, sfera domeniilor în care pot fi adoptate ordonanțele de urgență este mai largă, Guvernul putând să-și exercite puterea discreționară mai vizibil, fără însă a atinge excesul de putere¹⁵⁾.

Legea noastră fundamentală condiționează Guvernul în emiterea de ordonanțe de urgență de respectarea, cumulativă, a două reguli:

- » existența unei situații extraordinare a cărei reglementare nu poate fi amânată, Guvernul având obligația de a motiva urgența în cuprinsul ordonanței¹⁶⁾;
- » domeniul sau domeniile în care ordonanța de urgență este emisă putând coincide cu cel sau cele al/ale legilor ordinare sau organice, așadar, în niciun caz, al legilor constituționale - a căror adoptare este o atribuție exclusivă a Parlamentului, și, oricum, normele ordonanței de urgență nu pot afecta regimul instituțiilor fundamentale ale statului, drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute de Constituție, drepturile electorale și nu pot viza măsuri de trecere silită a unor bunuri în proprietate publică.

Referitor la prima regulă - *existența unei situații extraordinare a cărei reglementare nu poate fi amânată, Guvernul având obligația de a motiva urgența în cuprinsul ordonanței*, doctrina recunoaște caracterul excepțional și provizoriu al normei reglementate prin ordonanța de urgență, caracter justificat prin necesitatea de a reglementa, cu rapiditate sau urgență, situații ce nu pot aștepta parcurgerea

¹⁴⁾ S-ar putea vorbi despre o aparentă îngrădire sau limitare a acestui drept de apreciere dacă luăm în considerare faptul că proiectul legii de abilitare este întocmit tot de către Guvern, „cenzurarea” acestuia de către Parlament fiind vizibilă doar în cazul în care Guvernul nu mai deține sprijinul majorității parlamentare.

¹⁵⁾ Una dintre situațiile, identificată de doctrină, în care se poate vorbi de un astfel de exces de putere din partea Guvernului ar fi aceea în care acesta ar emite o ordonanță de urgență, deși la acel moment nu exista o situație excepțională care să justifice recurgerea la această procedură, caz în care constatând o uzurpare de putere săvârșită de către Guvern, Parlamentul ar fi îndreptățit să respingă, prin lege, ordonanța în cauză. A se vedea în acest sens: T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, vol. II, p. 143. Plecând de la această mențiune considerăm că se poate vorbi de o asemenea „uzurpare de putere” sau exces de putere chiar și atunci când, deși există o situație extraordinară care, în condițiile art. 115 alin. (4) din Constituția României, republicată, să justifice emiterea unei ordonanțe de urgență, domeniul care este reglementat excede celor menționate prin alin. (5) și (6) ale aceluiași articol.

¹⁶⁾ Curtea Constituțională a subliniat, raportat la această dispoziție constituțională, distingerea a trei condiții ce trebuie a fi întrunite cumulativ pentru ca Guvernul să poată adopta, conform cu normele constituționale, o ordonanță de urgență, anume: existența unei situații extraordinare, reglementarea acesteia să nu poată fi amânată, iar urgența să fie motivată în cuprinsul ordonanței. A se vedea în acest sens Decizia nr. 255/2005 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 511 din 16 iunie 2005.

procedurii legislative¹⁷⁾, situații în care nu se pot încadra cele avute în vedere expres de lege și când interesul public lezată de caracterul anormal și excesiv al cazurilor excepționale justifică intervenția Guvernului pe calea ordonanței de urgență¹⁸⁾.

De altfel, revizuirea Constituției noastre de la 2003 a impus, urmare a practicii, a jurisprudenței Curții Constituționale, apreciindu-se și prevederile constituționale ale altor state¹⁹⁾, o schimbare de concepție a fundamentului ordonanței de urgență care, astfel, nu se mai identifică cu situațiile excepționale care, potrivit art. 93, justificau instaurarea stării de asediu sau de urgență, traducându-se mai nou printr-o stare de urgență în reglementarea unui aspect ce nu comportă niciun fel de amânare²⁰⁾. În acest sens legiuitorul constituant a optat pentru înlocuirea sintagmei „cazuri excepționale” cu cea de „situații extraordinare”.

Cu toate acestea legiuitorul a considerat necesar, mai mult decât atât, „a o pune la adăpost de orice interpretare de natură să minimalizeze o atare diferență, prin adăugarea sintagmei «a căror reglementare nu poate fi amânată», consacrand astfel *in terminis* imperativul urgenței reglementării”²¹⁾. În noul context constituțional rămâne valabilă, în opinia noastră, o precizare anterioară revizuirii legii fundamentale, ce aparține Curții Constituționale, potrivit căreia dacă Guvernul dispune de un drept de apreciere asupra măsurilor pe care trebuie să le ia, este îndreptățit, atunci când este confruntat cu o situație excepțională, să recurgă la adoptarea uneia sau a unor ordonanțe de urgență. Orice caz excepțional (actualmente orice situație extraordinară) are un caracter obiectiv, în sensul că existența sa nu depinde de voința Guvernului, care, în asemenea împrejurări, este constrâns să reacționeze prompt pentru apărarea unui interes public pe calea ordonanței de urgență²²⁾.

¹⁷⁾ M. Sánchez Mórón, *Derecho administrativo, Parte General*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, p. 164.

¹⁸⁾ Opinie separată exprimată de prof.univ.dr. Ioan Muraru la Decizia nr. 239/1999 a Curții Constituționale a României publicată în M. Of. nr. 149 din 11 aprilie 2000.

¹⁹⁾ Reglementarea constituțională spaniolă față de care cea românească prezintă cele mai multe similitudini. Aici regăsim faptul că, în caz de necesitate extraordinară și urgentă, Guvernul poate emite dispoziții legislative provizorii care iau forma decretelor-lege și care nu vor putea afecta anumite domenii expres menționate de art. 86 alin. (1) din Constituția Spaniei și care trebuie să fie supuse imediat dezbaterii și votării pe ansamblu de către Congresul Deputaților. Legiuitorul constituant italian a fost și mai strict, prevăzând, prin art. 77 alin. (2) că, atunci când, în cazuri extraordinare de necesitate și de urgență, Guvernul adoptă, pe răspunderea sa, măsuri provizorii cu putere de lege, trebuie să le prezinte spre transformare în aceeași zi Camerelor, care, chiar dacă sunt dizolvate, vor fi convocate special, întrunindu-se în termen de 5 zile, iar în cazul în care acestea nu sunt transformate în lege în 60 de zile de la publicarea lor, vor fi abrogate. Prin art. 81 al Constituției letone, i se conferă Guvernului, dar doar în perioada dintre sesiunile parlamentare și doar dacă este necesar și dacă nu poate fi amânat, specificându-se, expres, și domeniile în care autoritatea în cauză nu poate interveni astfel, dreptul de a emite reglementări cu aceeași forță juridică cu cea a legii. Din aceste exemple se poate observa că dreptul Guvernului de a emite acte normative cu aceeași forță juridică cu cea a legii - ca act juridic emis de legislativ - îi este conferit acestuia fără o abilitare prealabilă din partea Parlamentului, ci doar în temeiul normelor constituționale și doar dacă o cauză obiectivă urgentă, extraordinară, care nu suferă amânare, îl împiedică pe acesta din urmă să-și exercite funcția legislativă.

²⁰⁾ M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, S.E. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 226.

²¹⁾ *Idem*.

²²⁾ Decizia nr. 83/1998 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 211 din 8 iunie 1998. Curtea subliniază și prin jurisprudența sa recentă că situațiile extraordinare

Definită în doctrină²³⁾ ca fiind „o situație imprevizibilă, care se abate de la regulile sau așteptările obișnuite, de natură să întrețină, să determine ori să favorizeze periclitarea interesului public, implicând, din acest motiv și în lipsa altor mijloace constituționale imediate, măsuri urgente pentru înlăturarea sau prevenirea pericolului, aplicabile de îndată, măcar parțial”, situația extraordinară²⁴⁾ trebuie să fie identificată de Guvern atât în nota de fundamentare a proiectului ordonanței de urgență, cât și în expunerea de motive a proiectului legii de aprobare a acestei ordonanțe ce va fi înaintat Parlamentului spre dezbateră și aprobare²⁵⁾. Se justifică astfel și urgența²⁶⁾, dar și necesitatea reglementării

exprimă un grad mare de abatere de la obișnuit sau comun și au un caracter obiectiv, în sensul că existența lor nu depinde de voința Guvernului, care, în asemenea împrejurări, este constrâns să reacționeze prompt pentru apărarea unui interes public pe calea ordonanței de urgență. Ordonanța de urgență nu constituie o alternativă aflată la discreția Guvernului, prin care acesta și-ar putea încălca obligația sa constituțională de a asigura, în vederea îndeplinirii programului său de guvernare, reglementarea prin lege, de către Parlament, a relațiilor ce constituie obiectul acestei reglementări (a se vedea în acest sens inclusiv Decizia nr. 366/2014 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 644 din 2 septembrie 2014). Mai mult decât atât, prin Decizia nr. 258/2006 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 341 din 17 aprilie 2006, Curtea Constituțională precizează că inexistența sau neexplicarea urgenței reglementării situațiilor extraordinare, [...] constituie în mod evident o barieră constituțională în calea adoptării de către Guvern a unei ordonanțe de urgență în sensul arătat. A decide altfel înseamnă a goli de conținut dispozițiile art. 115 din Constituție privind delegarea legislativă și a lăsa libertate Guvernului să adopte în regim de urgență acte normative cu putere de lege, oricând și - ținând seama de împrejurarea că prin ordonanță de urgență se poate reglementa și în materii care fac obiectul legilor organice - în orice domeniu.

- ²³⁾ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul comparat și în dreptul român*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 616.
- ²⁴⁾ Curtea Constituțională, prin deciziile sale, a identificat și situații care nu se pot încadra între cele extraordinare, justificând astfel necesitatea adoptării unei ordonanțe de urgență, chiar dacă este identificată ca atare de Guvern. Astfel, spre exemplu, crearea cadrului necesar coagulării unor majorități politice în cadrul autorităților administrației publice locale, altele decât cele rezultate din alegeri nu reprezintă o situație extraordinară, motiv pentru care nici nu se justifică necesitatea emiterii unei ordonanțe de urgență. În susținerea acestui punct de vedere, Curtea Constituțională a apreciat că ruperea sau constituirea alianțelor politice intră în exercițiul democratic firesc, iar ele nu pot justifica în sine măsuri care, în mod direct și brutal, schimbă configurația politică a autorităților administrației publice locale și alterează voința corpului electoral. În consecință, în contextul amintit, nu reprezintă situații extraordinare, în sensul art. 115 alin. (4) din Constituție, nici faptul că majoritățile inițial constituite prin alianțe politice sunt supuse schimbării, precum nici crearea unui avantaj politic pentru a se adopta anumite decizii la nivelul autorităților administrației publice locale, indiferent de partidul politic care beneficiază de acesta. A se vedea în acest sens Decizia nr. 761/2014 a Curții Constituționale a României publicată în M. Of. nr. 46 din 20 ianuarie 2015.
- ²⁵⁾ Art. 30 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 24/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare, menționează, printre instrumentele de prezentare și motivare a actelor normative, notele de fundamentare - în cazul ordonanțelor, specificând faptul că în ceea ce privește ordonanțele care trebuie supuse aprobării Parlamentului, potrivit legii de abilitare, precum și ordonanțele de urgență, acestea se vor transmite Parlamentului însoțite de expunerea de motive la proiectul legii de aprobare a acestora.
- ²⁶⁾ Revenind asupra unui aspect dezvoltat și la nota de subsol nr. 8 a prezentului articol, reafirmăm, încă o dată, că ni se pare discutabilă, însă, practica Guvernului de a aprecia unele situații ca având natura unor situații extraordinare, justificându-se, astfel, adoptarea de către Guvern a unor ordonanțe de urgență, cu toate că prevederile astfel consacrate au aplicabilitate de la un termen prevăzut prin însuși actul normativ, termen care, evident, nu coincide cu momentul stabilit de art. 115 alin. (5) din Constituția României, republicată,

prin această procedură a unei situații juridice ce ar putea face și obiectul reglementării printr-o lege, permițându-i-se Guvernului să adopte un act normativ cu rang de lege prin care derogă, modifică, suspendă sau abrogă alte legi sau dispoziții din legi adoptate de Parlament, „sărind” astfel peste procedura legislativă comună.

Alături de această limită impusă de legiuitorul constituant Guvernului, respectiv existența uneia sau a unor situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată din cauza caracterului urgent al acesteia sau al acestora, același legiuitor a impus și alte limite cu scopul de a nu permite Guvernului să abuzeze, într-o manieră irațională sau arbitrară, de posibilitatea constituțională de emitere a ordonanțelor de urgență, obligându-l pe acesta să le supună dezbaterii și aprobării parlamentare²⁷. Această veritabilă formă de control parlamentar impune normelor adoptate prin ordonanțe de urgență un caracter provizoriu pentru că, ulterior dezbaterii parlamentare, pe de o parte acestea vor trece din sfera actelor Guvernului în cea a

respectiv data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, sub condiția depunerii prealabile la Camera competentă să fie sesizată. În sensul celor de mai sus am putea aminti, cu titlu de exemplu, prevederile O.U.G. nr. 19/2007 pentru modificarea și completarea Legii nr. 19/2000 privind sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale, publicată în M. Of. nr. 208 din 28 martie 2007, și aprobată doar în luna octombrie a aceluiași an prin Legea nr. 273/2007, publicată în M. Of. nr. 683 din 8 octombrie 2007. Astfel, deși Guvernul motivează parțial necesitatea adoptării ordonanței prin faptul că pe parcursul desfășurării procesului de recalculare a pensiilor din sistemul public s-a constatat că un număr însemnat de pensionari nu au înregistrate salariile în carnetele de muncă pentru perioadele de până în anul 1963, iar în cele mai multe cazuri, din diferite motive precum legislația de la acel moment sau distrugerea unor arhive, posibilitatea dovedirii acestora prin adevăruri este imposibilă, situație care influențează cuantumul pensiilor și produce reale nemulțumiri pensionarilor, astfel impunându-se modificarea cadrului juridic necesar recalculării punctajului mediu anual pentru perioadele amintite, ulterior, prin art. III alin. (1), se prevede faptul că dispozițiile în acest sens ale ordonanței urmează să se aplice doar de la data de 1 iulie 2007, respectiv doar după 3 luni de la intrarea în vigoare a acestui act normativ. Mai mult decât atât, prevederile art. 12 alin. (2) din Legea nr. 24/2000, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precizează că ordonanțele de urgență ale Guvernului ar putea chiar intra în vigoare și de la o altă dată decât cea prevăzută de dispozițiile constituționale specificate în cele de mai sus, anume de la o dată ulterioară, dacă aceasta este menționată de însăși ordonanța. În consecință propunem ca, *de lege ferenda*, aceste ultime dispoziții să fie modificate în sensul prevederilor constituționale fie direct, fie urmare a unui control posterior de constituționalitate, de către Parlament sau de către Guvern. Un alt argument în favoarea celor afirmate este chiar Decizia Curții Constituționale nr. 255/2005 prin care a fost declarată ca fiind neconstituțională Legea pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 100/2004 privind trecerea unor terenuri forestiere din proprietatea publică a statului și din administrarea Regiei Naționale a Pădurilor - Romsilva în proprietatea Arhiepiscopiei Sucevei și Rădăuților, ordonanță care în opinia instanței constituționale nu îndeplinește exigențele constituționale ale art. 115 alin. (4) tocmai pentru că „urgența reglementării consecutivă existenței unei situații extraordinare, invocată în preambulul ordonanței aprobate prin legea criticată, este infirmată de modul în care aceasta urmează a fi pusă în aplicare”.

²⁷⁾ Curtea Constituțională a statuat, prin mai multe decizii ale sale, faptul că nu trebuie confundată operațiunea de depunere spre aprobare la Parlament a unei ordonanțe de urgență cu o operațiune - ulterioară - de aprobare sau respingere, prin lege, a respectivei ordonanțe de urgență, cea dintâi reprezentând doar o condiție necesară *sine qua non* pentru intrarea ordonanței în vigoare și, implicit, pentru producerea de efecte juridice în urma publicării în Monitorul Oficial al României. A se vedea în acest sens, spre exemplu, Decizia nr. 552/2005 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 1014 din 16 noiembrie 2005 sau Decizia nr. 370/2005 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 699 din 3 august 2005.

celor ale legislativului, iar, pe de altă parte există posibilitatea ca normele în discuție să fie modificate sau chiar abrogate de acesta din urmă.

În ceea ce privește *domeniile în care pot fi adoptate ordonanțe de urgență*, spre deosebire de vechea reglementare constituțională, prin prevederile constituționale actuale s-a pus capăt unei dispute doctrinare, ce fusese, însă, tranșată anterior de către Curtea Constituțională. S-a statuat, astfel, că ordonanțele de urgență pot fi emise și în domeniul legii organice, caz în care aprobarea lor se face cu majoritatea cerută de art. 76 alin. (1) al Constituției republicate, pentru aprobarea legilor organice, respectiv cu votul majorității membrilor fiecărei Camere. Astfel, prin Decizia nr. 65/1995²⁸⁾, respectiv prin Decizia nr. 34/1998²⁹⁾, Curtea Constituțională a consfințit cele anterior afirmate, arătându-se că ordonanța de urgență nu este o varietate a ordonanței pe baza legii de abilitare, ci o măsură de ordin constituțional ce permite Guvernului, sub controlul strict al Parlamentului, să facă față unui caz excepțional și care se justifică pe necesitatea și urgența reglementării unei situații care, datorită circumstanțelor sale excepționale, impune adoptarea de soluții imediate în vederea evitării unei grave atingeri aduse interesului public.

O parte a doctrinei³⁰⁾ a criticat punctul de vedere majoritar³¹⁾, anterior revizuirii Constituției României, care susținând că restricția emiterii de ordonanțe în domeniile legii organice nu mai fusese prevăzută, *expressis verbis*, pentru că este o excepție de la regulă, determinată de însăși situația excepțională ce justifică emiterea de ordonanțe de urgență³²⁾, a întărit doctrinar posibilitatea Guvernului de a emite ordonanțe de urgență în domeniul legilor organice și în lipsa unei permisiuni exprese în acest sens a textului constituțional.

Aceste critici s-au întemeiat pe argumente precum:

- » consacrarea de către Constituție a monopolului legislativ face imposibil de admis că Guvernul și-ar putea asuma competența de a interveni în sfera legilor organice, chiar și în cazul existenței unei situații extraordinare, cu atât mai mult cu cât Parlamentului îi este interzis să-l abiliteze să emită reglementări în astfel de domenii;
- » imposibilitatea recunoașterii față de Guvern a dreptului de a modifica, abroga sau suspenda legi organice prin intermediul ordonanțelor în situații de urgență, având în vedere că Parlamentul nu are dreptul de a proceda astfel prin intermediul unei legi ordinare, după cum se poate observa din redactarea textelor constituționale referitoare la regimul ordonanțelor în Constituție. Apare ca evident în aceste condiții faptul că acestea nu sunt altceva decât o

²⁸⁾ Această decizie a fost publicată în M. Of. nr. 129 din 28 iunie 1995.

²⁹⁾ Această decizie a fost publicată în M. Of. nr. 88 din 25 februarie 1998.

³⁰⁾ T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, vol. II, p. 142-143.

³¹⁾ În acest sens a se vedea A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ, op. cit.*, 2001, vol. I, p. 402-403; M. Constantinescu, *Conținutul ordonanței de urgență a Guvernului*, articol publicat în Dreptul nr. 8/1998, p. 30 și urm.; C.L. Popescu, *Principiul legalității incriminării și pedepselor penale, în lumina Constituției din decembrie 1991*, articol publicat în Dreptul nr. 4/1994, p. 48; I. Muraru, M. Constantinescu, *Ordonanța guvernamentală. Doctrină și jurisprudență*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 124-130.

³²⁾ M. Constantinescu, I. Deleanu, A. Iorgovan, I. Muraru, F. Vasilescu, I. Vida, *Constituția României comentată și adnotată*, Ed. Monitorul Oficial, București, 1992, p. 259.

hotărâre guvernamentală care poate modifica, suspenda sau abroga o lege ordinară, dar nu și o lege organică, ordonanțele de urgență având aceeași trăsătură, dar fiind emise în absența unei legi de abilitare³³⁾;

- » neprevăzându-se expres că ordonanțele de urgență pot fi emise în domeniul legii organice, s-ar putea deduce, pe cale de interpretare, că pot fi emise și în domeniul legii constituționale³⁴⁾.

Revizuirea Constituției a stabilit, însă, limitele în care pot fi emise ordonanțele de urgență nu doar prin raportare la categoriile de legi prevăzute de art. 73 (legi constituționale, legi organice și legi ordinare), ci și la anumite materii³⁵⁾, prin alin. (6) al art. 115 reglementându-se expres aceste limite de admisibilitate a ordonanțelor în cauză.

Astfel, sfera acestor „fine de neprimire”³⁶⁾ include:

- » legile constituționale, dispoziție prin care s-a înlăturat orice dubiu cu privire la posibilitatea emiterii de ordonanțe de urgență în domeniul rezervat acestor categorii de legi și reconfirmarea, indirectă, a posibilității Guvernului de a emite ordonanțe de urgență și în domeniile legii organice, nu doar în cele ale legii ordinare;
- » regimul instituțiilor fundamentale ale statului. Terminologia folosită de legiuitorul constituant ar permite, în mod aparent și poate chiar rău intenționat, o interpretare restrictivă potrivit căreia aceste instituții ar fi doar autoritățile cuprinse în Titlul III din Constituție, corespondente celor trei clasice puteri - legislativă, executivă și judecătorească³⁷⁾. Or, democrația constituțională nu se poate circumscrie doar la aceste autorități, „cât și la instituțiile fundamentale ale statului, al cărui rol constituțional îl reprezintă tocmai „gardarea” funcționării autorităților publice”³⁸⁾ prin care se realizează cele trei puteri, precum Curtea

³³⁾ T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar, op. cit.*, vol. II, p. 142.

³⁴⁾ T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar, op. cit.*, vol. II, p. 142-143.

³⁵⁾ Această modificare a dispozițiilor constituționale a fost inspirată și de reglementarea constituțională spaniolă care, prin art. 86 alin. (1), recunoaște Guvernului posibilitatea de a emite dispoziții legislative provizorii sub forma decretelor-lege, dar și cu condiția să nu fie afectată organizarea instituțiilor de bază ale statului, drepturile și libertățile și îndatoririle cetățenilor prevăzute de Titlul I al Constituției, regimul comunităților autonome și nici sistemul electoral. Doctrina și jurisprudența spaniolă subliniază faptul că aplicarea și respectarea acestor limite este înfrânată de dificultățile de interpretare a conceptelor imprecise folosite de textul constituțional, aspect ce poate fi punctat și cu privire la prevederile alin. (6) al art. 115 din legea noastră fundamentală și care, pentru claritatea și acuratețea textului constituțional și, implicit, pentru evitarea dificultăților și, chiar, a erorilor de interpretare și aplicare a acestuia, ar trebui avut în vedere în cazul unei viitoare revizuirii a Constituției.

³⁶⁾ M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, S.E. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 227.

³⁷⁾ În susținerea celor menționate, amintim că, prin decizii ale sale, Curtea Constituțională a apreciat că sunt astfel de instituții fundamentale: Președintele României (a se vedea în acest sens Decizia nr. 1133/2007 a Curții Constituționale, publicată în M. Of. nr. 851 din 12 decembrie 2007); Consiliul Superior al Magistraturii (a se vedea în acest sens Decizia nr. 230/2013 a Curții Constituționale, publicată în M. Of. nr. 347 din 12 iunie 2013); Ministerul Public (a se vedea în acest sens Decizia nr. 297/2010 a Curții Constituționale, publicată în M. Of. nr. 328 din 18 mai 2010); consiliile locale, primarii și consiliile județene (a se vedea în acest sens Decizia nr. 1105/2010 a Curții Constituționale, publicată în M. Of. nr. 684 din 8 octombrie 2010) etc.

³⁸⁾ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ, op. cit.*, 2005, vol. I, p. 411.

- Constituțională a României, Avocatul Poporului, Curtea de Conturi³⁹⁾, Consiliul Economic și Social. Pe de altă parte, dacă legiuitorul constituant ar fi dorit să restrângă sfera acestor instituții, ar fi avut posibilitatea de a o face în mod expres.
- » drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute de Constituție. Se asigură astfel o protecție suplimentară a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale, legiuitorul constituant asigurându-se că nici chiar o restrângere a exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți în condițiile expres menționate de art. 53 din Constituție, republicată, nu se va putea reglementa decât printr-o lege ca act juridic al Parlamentului, și nu printr-un act normativ cu aceeași forță juridică, dar expresie a delegării legislative, adoptat de Guvern.
 - » drepturile electorale. Deși și acestea sunt drepturi fundamentale prevăzute de Constituția României, vom împărtăși punctul de vedere din doctrină⁴⁰⁾ conform căruia această enumerare trebuie înțeleasă ca o repetiție de întărire, dar și o subliniere a legiuitorului că, sub nicio formă, printr-o ordonanță de urgență nu poate fi afectat regimul de realizare a drepturilor electorale, neputând fi adoptate legi sau coduri electorale.
 - » măsuri de trecere silită a unor bunuri în proprietate publică. Astfel se realizează o corelare mai evidentă a art. 44 cu art. 115 din Constituția României, republicată, art. 44 fiind temeiul constituțional al dreptului de proprietate privată și care prin alin. (3) și (4) fie condiționează posibilitatea de a trece în proprietate publică a unor bunuri cu respectarea unor condiții expres specificate atunci când aceasta se realizează prin expropriere, fie interzice clar, fără putință de tăgadă, această posibilitate, dacă aceasta s-ar produce prin naționalizare sau prin orice alte măsuri de trecere silită în această proprietate a bunurilor pe baza apartenenței sociale, etnice, religioase, politice sau de altă natură discriminatorie a titularilor.

5. Concluzii

Prin aceste modificări constituționale ale regimului juridic al ordonanțelor de urgență s-a încercat nu doar soluționarea unor „conflicte” doctrinare, ci și conturarea mai strictă și mai riguroasă a acestui regim pentru a împiedica Guvernul să-și transfere practic funcția legislativă de la Parlament aducându-se, în acest mod, atingere

³⁹⁾ În considerarea acestei prevederi constituționale, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 544/2006, publicată în M. Of. nr. 568 din 30 iunie 2006, urmare a ridicării direct de către Avocatul Poporului a unei excepții de neconstituționalitate, a constatat ca fiind neconstituțională O.U.G. nr. 43/2006 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, publicată în M. Of. nr. 525 din 19 iunie 2006. În acest sens, Curtea Constituțională a subliniat că atât prin rolul său, cât și prin statutul său constituțional, ambele fiind consacrate prin art. 140 din Constituția, republicată, este reflectată natura Curții de instituție fundamentală a statului. Chiar dacă art. 73 alin. (3) lit. l) din Constituție menționează, printre domeniile ce fac obiectul de reglementare al legilor organice și regimul juridic al Curții de Conturi, respectiv organizarea și funcționarea acesteia, ordonanțele de urgență putând fi adoptate și în domeniul acestor legii, nu trebuie omis faptul că autoritatea în discuție este una dintre instituțiile fundamentale ale statului, or, art. 115 alin. (6) din același act normativ menționează expres în „sfera finelor de neprimire” și regimul acestor instituții care nu poate fi, astfel, afectat, prin ordonanțe de urgență.

⁴⁰⁾ M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, S. E. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 227.

principiilor constituționale și, în primul rând, principiului separației și echilibrului puterilor în stat. Cu toate acestea practica ultimilor ani nu „a descurajat” Guvernul să apeleze la ordonanța de urgență pentru a reglementa, în domeniile legii ordinare sau organice, normele astfel adoptate fiind în vigoare chiar și pentru o perioadă scurtă de timp în cazul în care Parlamentul nu confirmă prin adoptare normele astfel statuate de către Guvern. S-a încurajat, în acest mod, o instabilitate legislativă deloc benefică în contextul economic și social-politic actual. Din păcate, această practică este încurajată de însăși autoritatea legislativă care, deși este obligată a respecta, potrivit art. 115 alin. (5) teza a II-a, în a se pronunța adoptând, adoptând cu modificări și/sau completări, respingând, ordonanțele de urgență în termenele constituționale, în cele mai multe cazuri în practică⁴¹⁾ nu se procedează astfel.

Dispoziția constituțională amintită, menită doar la nivel teoretic să accelereze procedura legislativă, poate fi apreciată ca fiind o simplă iluzie, adică o ficțiune ce ar putea fi înlocuită prin renunțarea la bicameralism în favoarea unicameralismului⁴²⁾ sau, cel puțin, printr-o reformare și mai profundă decât cea din 2003 a procedurii parlamentare de adoptare a legii, evitându-se birocratismul. Indicată ar fi măcar optarea pentru o specializare a fiecărei Camere a Parlamentului în funcție de „conținutul normativ al actului juridic de reglementat”⁴³⁾ atât în ceea ce privește sesizarea, cât și cu privire la decizia finală asupra actului, altfel spus fiecare cameră să fie competentă a fi sesizată și a adopta legi în domenii expres prevăzute de normele constituționale, și, doar în anumite situații - la rândul lor expres identificate de aceleași norme, precum revizuirea Constituției, reglementarea sistemului electoral etc. - să participe, în ședință comună, la adoptarea actului normativ.

Pe de altă parte menținerea instituției în cauză, mai mult decât atât, atenția legiuitorului constituant în a contura cât mai concret regimul constituțional al actului prin care delegarea legislativă se exprimă, respectiv al ordonanței, indiferent că este simplă sau de urgență, nu poate și nici nu trebuie să fie justificată doar prin existența unei practici consacrate de majoritatea constituțiilor moderne.

Din păcate, până în prezent, legiuitorul constituțional nu a reușit să contureze regimul constituțional al ordonanțelor de urgență astfel încât funcția legislativă a Parlamentului să nu fie serios afectată, ceea ce ne determină a aprecia ca, printr-o viitoare revizuire a Constituției, reglementările privind ordonanța de urgență să fie abrogate sau, cel puțin, aceste reglementări să fie revizuite în sensul interzicerii adoptării ordonanțelor de urgență și în materia legilor organice⁴⁴⁾.

⁴¹⁾ În acest sens textul constituțional amintit precizează că dacă în termen de 30 de zile de la depunerea ordonanței de urgență Camera Parlamentului sesizată nu se pronunță asupra acesteia, aceasta este considerată adoptată și se trimite celeilalte Camere care decide, de asemenea, în procedură de urgență. Pe de altă parte, un exemplu al celor afirmate este O.U.G. nr. 19/2007 pentru modificarea și completarea Legii nr. 19/2000 privind sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale, publicată în M. Of. nr. 208 din 28 martie 2007 și aprobată doar în luna octombrie a aceluiași an prin Legea nr. 273/2007, publicată în M. Of. nr. 683 din 8 octombrie 2007.

⁴²⁾ I. Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 179-180.

⁴³⁾ I. Muraru, S.E. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, vol. II, p. 206.

⁴⁴⁾ A se vedea, în acest sens, I. Muraru, S.E. Tănăsescu (coordonatori), *Constituția României. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 1103.

REVIZUIREA HOTĂRÂRILOR ÎN CONTENCIOSUL ADMINISTRATIV ÎN LUMINA JURISPRUDENȚEI CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIEI ȘI A CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE*

*Asist. univ. drd. Laurențiu ȘONERIU**
Facultatea de Drept
Universitatea „Lucian Blaga”, Sibiu*

§ The review of judgments in administrative litigations matters, in the light of the jurisprudence of Romanian Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union

Abstract

This study presents particularities of the extraordinary legal remedy of review of judgments in administrative litigation matters, under the magnifier of jurisprudence of Romanian Constitutional Court and Court of Justice of European Union.

The paper highlights the doctrinal and jurisprudential arguments involving the opportunity or inopportunity of extension by analogy, of the reason of review provided in Article 21 paragraph 2, of Administrative Litigation Law no. 554/2004, to judgments of others matters (civil or criminal matters), to give effective European Union Law's principles.

Keywords: *review, extraordinary legal remedy, administrative litigation, jurisprudence, European Union Law's principles.*

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/133255, proiect strategic ID 133255 (2014), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013”.

** Doctorand în cadrul Școlii doctorale a Universității „Lucian Blaga” din Sibiu.

1. Definirea revizuirii și trăsăturile acesteia

Revizuirea a fost definită în doctrină¹⁾ ca fiind calea de atac care are ca obiect cererea adresată, de regulă, instanței care a pronunțat hotărârea atacată de a și-o retracta, pentru unul din motivele expres și limitativ prevăzute de lege, și de a statua din nou, în fapt și în drept, dacă este cazul.

Așa cum este reglementată în dispozițiile art. 509 și urm. din Noul Cod de procedură civilă, revizuirea are ca repere sau atribute constante și inevitabile următoarele: este o **cale extraordinară de atac**, trăsătură care, rezultă în mod substanțial din faptul că are ca obiect hotărâri rămase definitive în apel sau prin neapelare ori hotărâri pronunțate în recurs ca urmare a evocării fondului, pe de-o parte, iar pe de alta, ea poate fi exercitată numai în cazurile limitativ prevăzute de lege; este o **cale de atac de retractare**, „reverențioasă”, adresându-se instanței a cărei hotărâre se atacă, cu precizarea că aceasta nu exclude, ci chiar implică, adeseori, rejudecarea fondului, în cazul admiterii ei, altfel revizuirea ar fi lipsită de sens; **este o cale de atac comună**, aflându-se la îndemâna acelor care au fost ei înșiși părți în proces sau care au fost reprezentați în proces; este o cale de atac, în principiu, **nesuspensivă de executare**, trăsătură ce derivă din natura extraordinară a revizuirii²⁾.

Alineatul (1) al art. 21 din Legea nr. 554/2004³⁾ a fost abrogat prin art. 54 pct. 5 din Legea nr. 76/2012⁴⁾ pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010⁵⁾ privind Codul de procedură civilă, context în care se aplică, în temeiul art. 28 din Legea contenciosului administrativ, dispozițiile Noului Cod de procedură civilă privitoare la căile extraordinare de atac⁶⁾.

Conform art. 21 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, în forma sa actuală, constituie motiv de revizuire, care se adaugă la cele prevăzute de Codul de procedură civilă, pronunțarea hotărârilor rămase definitive și irevocabile prin încălcarea principiului priorității dreptului comunitar, reglementat de art. 148 alin. (2), coroborat cu art. 20 alin. (2) din Constituția României, republicată. Cererea de revizuire se soluționează de urgență și cu precădere, într-un termen maxim de 60 de zile de la înregistrare.

În ceea ce privește maniera de redactare a textului art. 21 alin. (2), se constată, în continuare, o lipsa de rigoare normativă. Astfel este ignorat faptul că, odată cu adoptarea Tratatului de la Lisabona⁷⁾ denumirea de Comunitatea Europeană a fost înlocuită cu cea de Uniunea Europeană. În consecință, sintagma „drept comunitar”

¹⁾ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 338.

²⁾ A se vedea I. Deleanu, Gh. Buta, *Observații cu privire la revizuirea hotărârilor în contenciosul administrativ*, în *Dreptul* nr. 4/2011, p. 90-91.

³⁾ Publicată în M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004.

⁴⁾ Publicată în M. Of. nr. 365 din 30 mai 2012.

⁵⁾ Publicată în M. Of. nr. 485 din 15 iulie 2010.

⁶⁾ A se vedea art. 503-508 NCPC privind contestația în anulare și art. 509-513 NCPC privind revizuirea hotărârilor judecătorești.

⁷⁾ Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene, semnat la 13 decembrie 2007, publicat în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* nr. C 306 din 17 decembrie 2007, a intrat în vigoare la data de 1 decembrie 2009, după ratificarea acestuia de toate statele membre.

va fi utilizată numai atunci când se face referire la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, anterioară acestei modificări⁸⁾. De asemenea, expresia hotărârii judecătorești „definitive și irevocabile” nu-și mai găsește justificarea în contextul adoptării Noului Cod de procedură civilă⁹⁾.

Noul motiv de revizuire introdus prin Legea nr. 262/2007¹⁰⁾, care se alătură celorlalte motive prevăzute în art. 509 NCPC, a fost conceput ca un remediu intern în cazul hotărârilor definitive, pronunțate prin încălcarea principiului priorității dreptului Uniunii Europene, reglementat de art. 148 alin. (2) din Constituția României, în scopul îndeplinirii obligației ce revine statelor membre ale Uniunii Europene, în temeiul art. 4 alin. (3) din Tratatul Uniunii Europene.

2. Oportunitatea extinderii motivului de revizuire prevăzut de art. 21 alin. (2) din Legea nr. 554/2004 la hotărârile judecătorești din alte materii

Atât în doctrină, cât și în practica judiciară a fost pusă în discuție posibilitatea extinderii acestui motiv de revizuire și în cazul hotărârilor judecătorești interne pronunțate în alte materii decât contenciosul administrativ (civile, penale etc.).

În acest sens, redăm întrebarea preliminară, formulată de Tribunalul Sibiu, în revizuire, astfel cum este menționată în încheierea instanței din 16 ianuarie 2014:

„Articolele 17, 20, 21 și 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, art. 6 din Tratatul Uniunii Europene, art. 110 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, principiul securității juridice tras din dreptul comunitar și jurisprudența CJUE, pot fi interpretate ca opunându-se unei reglementări precum articolul 21 alineatul (2) din Legea nr. 554/2004 care prevăd posibilitatea revizuirii hotărârilor judecătorești interne pronunțate exclusiv în materia contenciosului administrativ în ipoteza încălcării principiului priorității dreptului comunitar și nu permit posibilitatea revizuirii hotărârilor judecătorești interne pronunțate în alte materii decât contenciosul administrativ (civile, penale) în ipoteza încălcării aceluiași principiu al priorității dreptului comunitar prin aceste din urmă hotărâri”¹¹⁾?

Răspunsul Curții de Justiție a Uniunii Europene la această întrebare preliminară va clarifica, în curând, această ipoteză lansată în doctrină și în practica judiciară.

În privința oportunității extinderii acestui motiv de revizuire, prin analogie, la orice hotărâri judecătorești, intrate în puterea lucrului judecat, dacă prin ele s-a

⁸⁾ A. Roșu, S.P. Gavrilă, *Revizuirea hotărârii instanței de contencios administrativ conform art. 21 alin. (2) din Legea nr. 554/2004. Condiții de admisibilitate* - www.conferences.univ-danubius.ro/index.php/EIRP/EIRP2011/paper/.../80.

⁹⁾ În acest sens, potrivit art. 8 din Legea nr. 76/2012, pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, „de la intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă, referirile din cuprinsul actelor normative la hotărârea judecătorească „definitivă și irevocabilă” sau, după caz, „irevocabilă” se vor înțelege ca fiind făcute la hotărârea judecătorească definitivă.

¹⁰⁾ Publicată în M. Of. nr. 510 din 30 iulie 2007.

¹¹⁾ C-69/2014, Târșia - <http://iaduer.ro/?p=2021>; <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-69/14>.

încălcătorul principiului priorității dreptului unional, în doctrină¹²⁾ a fost exprimată o opinie care neagă utilitatea acestei măsuri legislative din următoarele rațiuni:

- a) „motivul prevăzut de art. 21 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, așa cum el a fost formulat, este parțial o eroare legislativă. El nu este un veritabil motiv de „retractare” pe calea revizuirii, ci unul de reformare, inadmisibil în raport cu principiul autorității lucrului judecat și, pe cale de consecință, cu principiul securității și stabilității raporturilor juridice derivate din tranșarea jurisdicțională irevocabilă a unui diferend juridic;
- b) motivul în discuție ignoră mecanismul întrebării preliminare sau al chestiunii prejudiciale adresate Curții de Justiție a Uniunii Europene - și, urmare a unei asemenea ignorări, acesta ar fi în contradicție cu acest mecanism, sub aspectul necesității și al admisibilității revizuirii.”

Cu privire la acest aspect, Curtea Constituțională a României a reținut în jurisprudența¹³⁾ sa că „principiul stabilității raporturilor juridice nu poate implica promovarea unui drept prin intermediul unei ilegalități (...). Așadar, în această situație, posibilitatea revizuirii unei hotărâri judecătorești pronunțate cu încălcarea dreptului Uniunii Europene constituie singura modalitate de contracarare a efectelor principiului potrivit căruia *fraus omnia corrumpit*. Nu în ultimul rând, dreptul la un proces echitabil presupune *eo ipso* prezumția de conformitate a actelor normative interpretate și aplicate de instanța judecătorească în actul de îndeplinire a justiției cu legislația prioritară a Uniunii Europene”.

3. Concordanța dispozițiilor legale actuale privind revizuirea hotărârilor în contenciosului administrativ cu principiile dreptului Uniunii Europene

Judecătorul național în materia contenciosului administrativ trebuie să aibă o largă deschidere în aplicarea normelor unionale, întrucât respectarea drepturilor fundamentale individuale face parte integrantă din principiile dreptului UE.

Achiesăm opiniei exprimate în doctrină¹⁴⁾ potrivit căreia judecătorul național este dator, atunci când se impune, să invoce existența, preeminența și prioritatea normelor dreptului unional, incidente în acel litigiu în vederea valorizării acestora în spațiul național, indiferent de conduita procesuală a părților.

Potrivit art. 148 alin (2) din Constituția României, revizuită: „ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare”. De asemenea, alineatul (4) al aceluiași articol precizează că „Parlamentul, Președintele

¹²⁾ I. Deleanu, Gh. Buta, *Observații cu privire la revizuirea hotărârilor în contenciosul administrativ*, în *Dreptul* nr. 4/2011, p. 98.

¹³⁾ A se vedea Curtea Constituțională a României, Dec. nr. 1039 din 5 decembrie 2012, publicată în M. Of. nr. 61/2013 - http://www.dreptonline.ro/stiri/detalii_stire.php?id_stire=5100.

¹⁴⁾ I. Deleanu, Gh. Buta, *Observații cu privire la revizuirea hotărârilor în contenciosul administrativ*, în *Dreptul* nr. 4/2011, p. 102-103.

României, Guvernul și autoritatea judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul aderării și din prevederile alin. (2)”.

Prioritatea dreptului unional în fața normelor naționale este reflectată și în jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene, din care reiese că norma internă contrară va fi întotdeauna înlăturată de la aplicare, indiferent de forța sa juridică sau de momentul adoptării în raport cu cea unională, avându-se în vedere că, prin instituirea unei noi ordini juridice internaționale, statele membre și-au limitat drepturile suverane în favoarea acestora¹⁵⁾.

Un alt principiu fundamental al dreptului UE, în strânsă corelație cu cel al priorității normelor unionale, este cel al aplicării imediate a prevederilor din dreptul primar și secundar unional, în ordinea juridică internă a statelor membre.

În ceea ce privește obligativitatea hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului, nu există un text expres în Convenție referitor la caracterul obligatoriu al acestora (totuși prevederile art. 46 coroborate cu art. 41 din Convenție pot conduce la ideea obligativității), din moment ce Curtea a fost organizată și funcționează ca un instrument al unei jurisdicții unice și obligatorii pentru protecția ființelor umane și asigurarea respectării obligațiilor asumate în acest domeniu de statele contractante, potrivit axiomei *pacta sunt servanda*, rezultă în mod firesc că statele semnatare ale Convenției sunt obligate să o respecte și să o aplice cu bună-credință sub raportul tuturor prevederilor ei, inclusiv deci a dispozițiilor având ca obiect jurisdicția instituită prin Convenție¹⁶⁾.

În acest sens, prin prevederile constituționale din art. 11 și art. 20 din Constituție, statul român a înțeles să atribuie semnificație juridică națională și constituțională Declarației Universale a Drepturilor Omului, precum și oricăror pacte sau tratate la care a devenit parte, inclusiv Convenția Europeană, cu toate articulațiile ei¹⁷⁾.

Potrivit art. 4 alin. (3) din Tratatul privind Uniunea Europeană: „În temeiul principiului cooperării loiale, Uniunea și statele membre se respectă și se ajută reciproc în îndeplinirea misiunilor ce decurg din tratate.

Statele membre adoptă orice măsură generală sau specială pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor care decurg din tratate sau care rezultă din actele instituțiilor Uniunii.

Statele membre facilitează îndeplinirea de către Uniune a misiunilor sale și se abțin de la orice măsură care ar putea pune în pericol realizarea obiectivelor Uniunii.”

În legătură cu principiul cooperării loiale consacrat de art. 4 alin. (3) din TUE, prin hotărârea pronunțată la data de 16 martie 2006 în cauza Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schik GmbH, C-234/2004 (procedura pronunțării unei hotărâri

¹⁵⁾ A se vedea, în acest sens, CJCE, cauza nr. 26/62, *Van Gend en Loos*, Hotărârea din 5 februarie 1963; cauza nr. 106/77, *Simmenthal*, Hotărârea din 9 martie 1978; cauza nr. 6/64, *Costa*, Hotărârea din 3 iunie 1964, publicate în *Repere fundamentale ale Jurisprudenței Curții de Justiție a Comunităților Europene*, publicație a Consiliului Superior al Magistraturii, București, 2005, *apud* I. Rîciu, *Procedura contenciosului administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 380-381.

¹⁶⁾ I. Deleanu, *Obligativitatea hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului și ale Curții de Justiție*, în *Dreptul nr. 2/2007*, p. 28 și urm., citat de I. Rîciu, *Procedura contenciosului administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 379.

¹⁷⁾ I. Rîciu, *Procedura contenciosului administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 379.

preliminare)¹⁸⁾, CJCE (actualmente CJUE), prima cameră, a decis că dreptul comunitar nu impune unei jurisdicții naționale să înlăture aplicarea normelor interne de procedură care conferă autoritate de lucru judecat unei hotărâri, chiar dacă astfel ar fi reparată o încălcare a dreptului comunitar săvârșită prin hotărârea în cauză. Curtea a reținut că principiul autorității de lucru judecat are o importanță deosebită atât în ordinea de drept comunitar, cât și în cadrul ordinii juridice a fiecărui membru, fiind o garanție a stabilității raporturilor juridice. Instanța din Luxemburg a mai stabilit că *din prevederile art. 10 TCE¹⁹⁾ decurge obligația jurisdicțiilor naționale de a reexamina hotărârile definitive ce par a fi fost pronunțate cu încălcarea dreptului comunitar, dar această obligație este subordonată condiției ca jurisdicția care examinează să dispună, în temeiul normelor din ordinea sa juridică internă, de competența de a reveni asupra acestei hotărâri.*

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat printr-o hotărâre²⁰⁾ următoarele aspecte: 1) „În cadrul unei proceduri în fața unui organ administrativ care are ca obiect reexaminarea unei decizii administrative rămase definitivă în temeiul unei hotărâri pronunțate de către o instanță de ultim grad, această hotărâre fiind întemeiată pe o interpretare eronată a dreptului comunitar, având în vedere jurisprudența Curții ulterioară acestei hotărâri, dreptul comunitar nu impune condiția să fi fost invocat de către reclamantul din acțiunea principală în cadrul unei căi de atac din dreptul intern pe care a formulat-o împotriva acestei decizii; 2) Dreptul comunitar nu impune nicio limită de timp pentru introducerea unei cereri având ca obiect reexaminarea unei decizii administrative rămase definitivă. Cu toate acestea, statele membre au libertatea să stabilească termene rezonabile de introducere a acțiunilor, în conformitate cu principiile comunitare ale efectivității și echivalenței”.

Prin Decizia nr. 1609 din 9 decembrie 2010²¹⁾, Curtea Constituțională admis excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 21 alin. (2) teza a doua²²⁾ din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, invocată în dosarul nr. 4350/1/2009 al

¹⁸⁾ În Curierul Judiciar nr. 5/2006, *Jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene (martie 2006)*, rubrică realizată de lect. dr. A. Ciobanu Dordea, p. 30, *apud* G. Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ, comentată și adnotată*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 509.

¹⁹⁾ Odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, art. 10 TCE a fost abrogat și înlocuit, pe fond, cu art. 3 alin. (3), renumerotat art. 4, din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE).

²⁰⁾ Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene (Marea Cameră) din 12 februarie 2008, în cauza C-2/2006, *apud* I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 348.

²¹⁾ Publicată în M. Of. nr. 70 din 27 ianuarie 2011.

²²⁾ Art. 21 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, modificată prin Legea nr. 262/2007 statua: „(1) Împotriva soluțiilor definitive și irevocabile pronunțate de instanțele de contencios administrativ se pot exercita căile de atac prevăzute de Codul de procedură civilă, pronunțarea hotărârilor rămase definitive și irevocabile prin încălcarea principiului priorității dreptului comunitar, reglementat de art. 148 alin. (2), coroborat cu art. 20 alin. (2) din Constituția României, republicată. Cererea de revizuire se introduce în termen de 15 zile de la comunicare, care se face, prin derogare de la regula consacrată de art. 17 alin. (3), la cererea temeinic motivată a părții interesate, în termen de 15 zile de la pronunțare. Cererea de revizuire se soluționează de urgență și cu precădere, într-un termen maxim de 60 de zile de la înregistrare.”

ÎCCJ, secția contencios administrativ și fiscal. Curtea a constatat că „teza a doua a alin. (2) are o redactare defectuoasă, generatoare de confuzii și incertitudini, care se pot constitui în veritabile obstacole în calea exercitării efective a dreptului de acces liber la justiție.

Confuzia intervine în ceea ce privește momentul de la care începe să curgă termenul de 15 zile pentru formularea revizuirii, iar viciul de redactare, conținând sintagme derutante, afectează dreptul de acces liber la justiție prin imposibilitatea părții interesate de a ști cărei instanțe să adreseze cererea de comunicare a hotărârii.

În jurisprudența sa, Curtea Constituțională a statuat, de exemplu, prin Decizia nr. 189 din 2 martie 2006, publicată în M. Of. nr. 307 din 5 aprilie 2006, că principiul accesului liber la justiție, consacrat prin art. 21 din Legea fundamentală, implică, între altele, adoptarea de către legiuitor a unor reguli de procedură clare, în care se prescriu cu precizie condițiile și termenul în care justițiabilii își pot exercita drepturile lor procesuale, inclusiv cele referitoare la căile de atac împotriva hotărârilor pronunțate de instanțele de judecată. În acest sens s-a pronunțat în mod constant și CEDO, care, de exemplu, în Hotărârea din 29 martie 2000, pronunțată în cauza *Rotaru c. României*, a statuat că o normă este «previzibilă» numai atunci când este redactată cu suficientă precizie, în așa fel încât să permită oricărei persoane - care, la nevoie, poate apela la consultanță de specialitate - să își corecteze conduita, iar Hotărârea din 26 aprilie 1979, pronunțată în cauza *Sunday Times c. Regatului Unit*, a decis că (...) cetățeanul trebuie să dispună de informații suficiente asupra normelor juridice aplicabile într-un caz dat și să fie capabil să prevadă, într-o manieră rezonabilă, consecințele care pot apărea dintr-un act determinat.

Pe scurt, legea trebuie să fie, în același timp, accesibilă și previzibilă”.

Prin Decizia nr. 1039²³⁾ din 5 decembrie 2012, Curtea Constituțională a admis o excepție de neconstituționalitate ridicată, din oficiu, de Curtea de Apel Timișoara, secția contencios administrativ și fiscal, și a constatat că:

1. Legea nr. 299/2011²⁴⁾ pentru abrogarea alin. (2) al art. 21 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, în ansamblul său, este neconstituțională;

2. Prevederile art. 21 alin. (2) teza I din Legea contenciosului administrativ sunt neconstituționale în măsura în care se interpretează în sensul că nu pot face obiectul revizuirii hotărârile definitive și irevocabile pronunțate de instanțele de recurs, cu încălcarea principiului priorității dreptului Uniunii Europene, atunci când nu evocă fondul cauzei.

Curtea Constituțională și-a motivat decizia reținând că „înlăturarea, prin Legea nr. 299/2011, a unui mijloc procedural care permitea redeschiderea unor procese soluționate irevocabil, dar în cursul cărora s-a încălcat Dreptul Uniunii Europene, mijloc care asigură aplicarea unitară a legislației europene, astfel cum trebuia aceasta interpretată încă de la intrarea sa în vigoare, este de natură să încalce obligația asumată de Statul român prin Actul de aderare, obligație înscrisă în art. 4 alin. (3) din Tratatul privind Uniunea Europeană și garantată prin art. 148 alin. (4) din Constituție. Or, această garanție este instituită atât în sarcina puterii legislative, cât și a celei judecătorești, astfel că adoptarea Legii nr. 299/2011 nu poate fi privită decât ca o

²³⁾ Publicată în M. Of. nr. 61 din 29 ianuarie 2013.

²⁴⁾ Publicată în M. Of. nr. 916 din 22 decembrie 2011.

limitare nepermisă a mijloacelor procedurale care asigură aplicarea unitară a dreptului Uniunii Europene, astfel cum acesta este interpretat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Prin eliminarea din cuprinsul Legii nr. 554/2004 a motivului suplimentar de revizuire reprezentând încălcarea, de către instanță, a principiului priorității de aplicare a dreptului Uniunii Europene față de legile interne, reglementat de art. 148 alin. (4) din Legea fundamentală, care impun autorităților statului, deci inclusiv autorității judecătorești, sarcina garantării aducerii la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul de aderării și din principiul priorității de aplicare a Dreptului Uniunii Europene”.

De asemenea, Curtea a constatat că, în redactarea sa actuală, art. 21 alin. (2) teza I din Legea nr. 554/2004, interpretat prin coroborare cu partea introductivă a art. 332 C. proc. civ. (art. 509 NCP), contravine principiilor de drept enunțate prin impunerea condiției evocării fondului hotărârii pentru a beneficia de motivul de revizuire constând în pronunțarea hotărârilor irevocabile prin încălcarea principiului priorității dreptului Uniunii Europene. Reglementarea condiției evocării fondului, ca o condiție de admisibilitate a cererii de revizuire a respectivei hotărâri judecătorești, obstrucționează accesul liber la justiție, garantat de art. 21 din Constituție, în sensul privării justițiabilului de la beneficiul principiului aplicării cu prioritate a prevederilor dreptului unional²⁵⁾.

În cuprinsul deciziei, Curtea Constituțională a mai menționat că dispozițiile art. 21 alin. (2) din Legea nr. 554/2004 vor continua să producă efecte juridice după publicarea deciziei în Monitorul Oficial al României, cu excepția prevederilor cuprinse în teza a doua a textului declarate neconstituționale prin Decizia nr. 1609 din 9 decembrie 2010. Efectele juridice ale acestor din urmă norme au încetat în temeiul dispozițiilor art. 147 alin. (1) din Constituție.

În consecință, dispozițiile art. 21 alin. (2) teza întâi și a treia urmează a continua să producă efecte juridice, reintrând în fondul activ al legislației, iar prin derogare de la prevederile art. 509 alin. (1) NCP, revizuirea întemeiată pe acest articol poate fi exercitată și împotriva hotărârilor care nu evocă fondul²⁶⁾.

Cu privire la repunerea în vigoare a unui text abrogat, într-o situație similară cu cea mai sus menționată, Înalta Curte de Casație și Justiție a decis că normele juridice abrogate printr-o lege declarată neconstituțională nu reintră în vigoare [Decizia nr. 8/2010 privind Dosarul nr. 8/2010, cu privire la consecințele Deciziei Curții Constituționale nr. 62 din 18 ianuarie 2007, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. I pct. 56 din Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și completarea altor legi asupra activității dispozițiilor art. 205, 206, și 207 C. pen. (M. Of. nr. 416 din 14 iunie 2011)]. Această dispoziție a Instanței Supreme nu are, însă, aplicabilitate în privința art. 21 alin. (2) teza I din Legea nr. 554/2004, deoarece, deși procesul legislativ este similar, domeniul de relații sociale reglementat este diferit, iar interpretarea legii trebuie întotdeauna făcută în favoarea, nu împotriva cetățenilor²⁷⁾.

²⁵⁾ G. Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ, comentată și adnotată*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 506-507.

²⁶⁾ *Ibidem*, p. 515.

²⁷⁾ A. Trăilescu, A. Trăilescu, *Legea contenciosului administrativ. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 137.

Tot în acest sens, în doctrină a fost exprimată opinia potrivit căreia „dacă, după rămânerea definitivă a hotărârii pronunțate în cauză - cu ignorarea priorității și aplicării imediate a normelor europene în raport cu cele naționale ori prin interpretarea și aplicarea greșită a normelor europene - Curtea de Justiție a Uniunii Europene adoptă o hotărâre într-un alt sens - ca urmare a unei întrebări preliminare a unei alte instanțe a statului român sau dintr-un alt stat membru al Uniunii -, partea interesată trebuie să fie îndreptățită ca, într-un termen rezonabil și compatibil cu principiul securității și stabilității raporturilor juridice derivate dintr-o hotărâre definitivă, să solicite și, eventual, să obțină revizuirea acelei hotărâri. Totuși, pentru a nu pune în pericol *sine die* imperativul autorității lucrului judecat, respectând principiul echivalenței (reglementarea să nu fie mai puțin favorabilă decât cea aplicabilă unor acțiuni similare din dreptul intern) și principiul efectivității (reglementarea să nu facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică europeană), revizuirea ar trebui condiționată prin fixarea unui termen subiectiv și a unui termen obiectiv în care partea să ceară retractarea hotărârii definitive și pronunțarea alteia în locul ei, cu respectarea normelor europene²⁸⁾.

4. Concluzii

Motivul de revizuire, prevăzut de art. 21 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, a fost conceput ca un remediu intern, în cazul hotărârilor definitive, pronunțate prin încălcarea principiului priorității dreptului Uniunii Europene, respectiv ca o modalitate concretă de asigurare a aducerii la îndeplinire a obligațiilor pe care statul român și le-a asumat prin actul de aderare la Uniunea Europeană, acesta nepericlitând, în opinia noastră, principiul securității și stabilității raporturilor juridice și al autorității lucrului judecat.

Pe linia aceluiași raționament, apreciem că extinderea acestui motiv de revizuire s-ar impune și în cazul hotărârilor judecătorești din alte materii, această măsură fiind în concordanță cu dispozițiile legii fundamentale, cu prevederile dreptului unional și convențional, precum și cu jurisprudența Curții Constituționale a României, a Înaltei Curți de Casație și a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

²⁸⁾ A se vedea I. Deleanu, Gh. Buta, *Observații cu privire la revizuirea hotărârilor în contenciosul administrativ*, în *Dreptul* nr. 4/2011, p. 92 și urm.

DISCUȚII CU PRIVIRE LA MODIFICAREA ȘI COMPLETAREA CODULUI MUNCII POTRIVIT LEGII NR. 12/2015 REFERITOARE LA CONCEDIUL DE ODIHNĂ AL SALARIAȚILOR

*Prof. univ. dr. Dan ȚOP
Universitatea Valahia din Târgoviște*

§ Discussion on the amendments and supplements of Labour code according to Law no. 12/2015 on annual leave of employees

Abstract

Almost after three years from the last substantial modification, Labour Code is again the object of such a procedure, at a smaller scale, by the Law no. 12/2015, amending and supplementing Law no. 53/2003 - Labour Code. The most important of these changes is related to the rest of the employees about which the provisions in the Labour Code are brought into line with European norms and jurisprudence. The duration of the leave shall not be influenced in any circumstances beyond the control of the employee, in which situations he may find, due to sick leave, leave of maternal risk, maternity leave or parental leave, leave for growth and childcare, the employee having the right on vacation where such situations are maintained throughout the whole period of a calendar year.

Keywords: *Labour Code, annual leave, temporary incapacity to work leave, maternity leave, leave for growth and childcare.*

Concediul de odihnă anual este considerat drept una din formele timpului liber, a cărei necesitate și însemnătate deosebită rezultă din conținutul dispozițiilor legale care îl reglementează (art. 144-151 din Codul muncii), cât și din practica raporturilor sociale de muncă¹⁾, fiind și cea mai cunoscută instituție menită să asigure refacerea capacităților fizice și psihice ale salariaților²⁾.

¹⁾ Al. Țiclea, *Tratat de drept al muncii*, ed. a VIII-a, revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 582.

²⁾ N. Voiculescu, *Dreptul muncii*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2007, p. 110.

Curtea Europeană de Justiție a statuat, prin mai multe hotărâri, că „dreptul la concediu anual plătit trebuie considerat un principiu al dreptului social al Uniunii Europene de o deosebită importanță de la care nu se poate deroga”³⁾.

Prin Legea nr. 12/2015 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 - Codul muncii⁴⁾ reglementarea în Codul muncii a concediului de odihnă al salariaților a suferit modificări esențiale, în beneficiul acestora, prin renunțarea la sintagma „se acordă proporțional cu activitatea prestată într-un an calendaristic”.

O primă modificare este în sensul că, la stabilirea duratei concediului de odihnă anual, perioadele de incapacitate temporară de muncă și cele aferente concediului de maternitate, concediului de risc maternal și concediului pentru îngrijirea copilului bolnav se consideră perioade de activitate prestată.

Articolul 145 alineatul (2) s-a modificat având următorul cuprins: „durata efectivă a concediului de odihnă anual se stabilește în contractul individual de muncă, cu respectarea legii și a contractelor colective de muncă aplicabile”.

În doctrină s-a menționat că „acesta [alineatul (2) - n.n.] a căpătat un conținut mai flexibil care avantajează ambele părți ale raporturilor de muncă (angajat-angajator)”⁵⁾.

Referitor la aceste dispoziții Curtea Constituțională⁶⁾ a decis că „principiul proporționalității concediului de odihnă cu activitatea prestată - *pro rata temporis* - urmează să se aplice în continuare, iar perioadele de incapacitate temporară de muncă și cele aferente concediului de maternitate, concediului de risc maternal și concediului pentru îngrijirea copilului bolnav se consideră perioade de activitate prestată. Numai în cazurile în care incapacitatea temporară de muncă se menține pe întreaga perioadă a anului calendaristic, concediul de odihnă se acordă într-o perioadă de 18 luni începând cu anul următor celui în care angajatul s-a aflat în concediu medical”.

Sărbătorile legale în care nu se lucrează, precum și zilele libere plătite stabilite prin contractul colectiv de muncă aplicabil nu sunt incluse⁷⁾ [art. 145 alin. (3)] în durata concediului de odihnă anual.

S-a apreciat justificat că „Noul alin. (2) diferă de cel anterior prin aceea că a fost înlăturată partea finală a vechiului text conform căruia durata efectivă a concediului „se acordă proporțional cu activitatea prestată într-un an calendaristic”. Înlăturarea acestei părți a fost necesară, în concepția legiuitorului, pentru armonizarea noului alin. (2) cu celelalte trei adăugate la art. 145. Dar asta nu înseamnă că prestarea muncii, inclusiv cu luarea în considerare a perioadelor asimilate acesteia, mai puțin

³⁾ Al. Țiclea, *Dreptul la concediu de odihnă pe perioada incapacității de muncă potrivit Curții Europene de Justiție*, în Revista română de dreptul muncii nr. 8/2012, p. 13-16.

⁴⁾ Publicată în M. Of. nr. 52 din 22 ianuarie 2015.

⁵⁾ Al. Țiclea, *Modificări ale Codului muncii prin Legea nr. 12/2015*, în Revista română de dreptul muncii nr. 1/2015, p. 21.

⁶⁾ Decizia nr. 760/2014 referitoare la respingerea obiecției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. I pct. 3 cu referire la art. 92 alin. (3) și (4), art. I pct. 4 cu referire la art. 145 alin. (2) și art. I pct. 5 cu referire la art. 145 alin. (4) din Legea pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 - Codul muncii, publicată în M. Of. nr. 91 din 3 februarie 2015.

⁷⁾ D. Țop, *Dreptul muncii - Dreptul securității sociale*, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2013, p. 244.

de un an, va determina un concediu integral. Neputând fi acceptată o asemenea interpretare, într-o atare ipoteză durata concediului de odihnă plătit se va reduce⁸⁾.

După alineatul (3) al art. 145 se introduc trei noi alineate, alineatele (4)-(6), cu următorul cuprins:

„(4) La stabilirea duratei concediului de odihnă anual, perioadele de incapacitate temporară de muncă și cele aferente concediului de maternitate, concediului de risc maternal și concediului pentru îngrijirea copilului bolnav se consideră perioade de activitate prestată.

(5) În situația în care incapacitatea temporară de muncă sau concediul de maternitate, concediul de risc maternal ori concediul pentru îngrijirea copilului bolnav a survenit în timpul efectuării concediului de odihnă anual, acesta se întrerupe, urmând ca salariatul să efectueze restul zilelor de concediu după ce a încetat situația de incapacitate temporară de muncă, de maternitate, de risc maternal ori cea de îngrijire a copilului bolnav, iar când nu este posibil urmează ca zilele neefectuate să fie reprogramate.

(6) Salariatul are dreptul la concediu de odihnă anual și în situația în care incapacitatea temporară de muncă se menține, în condițiile legii, pe întreaga perioadă a unui an calendaristic, angajatorul fiind obligat să acorde concediul de odihnă anual într-o perioadă de 18 luni începând cu anul următor celui în care acesta s-a aflat în concediu medical.”

Trebuie precizat că, la data de 20 februarie 2014, Comisia Europeană a decis punerea în întârziere a României pentru transpunerea incorectă a Directivei 2003/88/CE privind anumite aspecte ale organizării timpului de lucru, ridicând probleme cu compatibilitatea normelor comunitare în materie.

Astfel, reglementarea națională ține cont de prevederile art. 7 alin. (1) din Directiva 2003/88/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 noiembrie 2003 privind anumite aspecte ale organizării timpului de lucru⁹⁾, potrivit cărora „Statele membre iau măsurile necesare pentru ca orice lucrător să beneficieze de un concediu anual plătit de cel puțin patru săptămâni în conformitate cu condițiile de obținere și de acordare a concediilor prevăzute de legislațiile și practicile naționale”.

Această directivă „nu face nicio distincție între lucrătorii care în perioada de referință sunt absenți de la serviciu pentru că se află în concediu medical și cei care au lucrat efectiv în perioada menționată⁹⁾”.

Potrivit jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, „finalitatea dreptului la concediul anual plătit este aceea de a-i permite lucrătorului să se odihnească și să dispună de o perioadă de destindere și de recreere. Astfel, această finalitate diferă de cea a dreptului la concediul medical, care se acordă lucrătorului pentru ca acesta să poată să se refacă după o boală¹⁰⁾”.

De asemenea, a decis că art. 1 alin. (1) din Directiva 2003/88/CE „trebuie interpretat în sensul că se opune unei interpretări a reglementării naționale, potrivit

⁸⁾ Al. Țiclea, *Modificări ale Codului muncii prin Legea nr. 12/2015*, art. cit., p. 20.

⁹⁾ O. Ținca, *Comentarii privind dreptul la concediul anual de odihnă plătit al salariatului care s-a aflat în concediu medical în tot cursul anului calendaristic*, în *Dreptul* nr. 6/2012, p. 105.

¹⁰⁾ Hotărârea din 20 ianuarie 2009, pronunțată în cauzele conexe C-350/06 și C-520/06.

căreia un lucrător care este în concediu medical în perioada de concediu anual fixată unilateral în calendarul de concedii al întreprinderii în care este angajat nu are dreptul, la capătul concediului său medical, să beneficieze de concediul său anual într-o altă perioadă decât cea fixată inițial, eventual în afara perioadei de referință corespunzătoare, pentru motive legate de activitatea productivă a întreprinderii sau pentru motive de ordin organizatoric referitoare la aceasta¹¹⁾.

Se remarcă susținerea Curții Constituționale¹²⁾ în sensul că „faptul că angajații care prestează efectiv activitatea și angajații care se află în incapacitate temporară de muncă, concediu de maternitate, concediu de risc maternal și concediu pentru îngrijirea copilului bolnav beneficiază de același tratament juridic (acordarea concediului de odihnă) nu constituie o discriminare... fiind reglementate cu scopul de a respecta dreptul la concediu de odihnă și pentru persoanele care s-au aflat în concediu medical”.

Așa cum s-a precizat în doctrină „Soluția de mai sus este conformă și Convenției Internaționale a Muncii nr. 132/1970 privind concediile plătite. Conform art. 5 din această Convenție, absențele de la muncă pentru motive independente angajatului, cum sunt absențele în urma bolii, unui accident de muncă sau concediului de maternitate, vor fi incluse în perioada de serviciu. Rezultă, per a contrario, că absențele datorate voinței lui (concediile fără plată, absențele nemotivate) nu intră în calculul concediului de odihnă pentru acel an calendaristic¹³⁾.

Articolul 146 se modifică și are următorul cuprins: „Concediul de odihnă se efectuează în fiecare an”. Și anterior, concediul de odihnă se efectua, în fiecare an, prin excepție, efectuarea concediului în anul următor este permisă numai în cazurile expres prevăzute de lege sau în cazurile prevăzute în contractul colectiv de muncă aplicabil¹⁴⁾.

În timp ce în reglementarea anterioară [art. 146 alin. (3)], angajatorul era obligat să acorde concediu, până la sfârșitul anului următor, tuturor salariaților care într-un an calendaristic nu au efectuat integral concediul de odihnă la care aveau dreptul, potrivit alin. (2) al art. 146, modificat, „în cazul în care salariatul, din motive justificate, nu poate efectua, integral sau parțial, concediul de odihnă anual la care avea dreptul în anul calendaristic respectiv, cu acordul persoanei în cauză, angajatorul este obligat să acorde concediul de odihnă neefectuat într-o perioadă de 18 luni începând cu anul următor celui în care s-a născut dreptul la concediul de odihnă anual”.

S-a spus că „art. 146 C. muncii răspunde comandamentului efectuării în natură a concediului de odihnă, al cărui scop îl reprezintă refacerea forței de muncă, după un an de activitate a salariatului. De aceea, numai cu totul excepțional, când, din motive justificate, concediul nu s-a putut efectua, integral sau parțial, în anul respectiv, el va fi efectuat în următoarele 18 luni, calculate începând cu anul următor celui în care

¹¹⁾ Curtea de Justiție, Ordonanța din 21 februarie 2013 - cauza C-194/12, în Revista română de dreptul muncii nr. 8/2013, p. 75-80. În același sens este și Hotărârea din 10 septembrie 2009 (camera întâi), în Cauza C-277/08 (*Francisco Vicente Pereda c. Madrid Movilidad S.A.*), publicată în Revista de dreptul muncii nr. 6/2009, p. 201-207.

¹²⁾ Decizia nr. 760/2014, loc. cit.

¹³⁾ Al. Țiclea, *Modificări ale Codului muncii prin Legea nr. 12/2015, art. cit.*, p. 21

¹⁴⁾ D. Țop, *Dreptul muncii - Dreptul securității sociale, op. cit.*, p. 244.

s-a născut acel drept. Este o obligație a angajatorului, dar și a salariatului, pentru că și el trebuie să efectueze concediul în natură (art. 149 C. muncii)¹⁵⁾.

Alineatul (3) al art. 146 are următorul cuprins: „Compensarea în bani a concediului de odihnă neefectuat este permisă numai în cazul încetării contractului individual de muncă”.

Referitor la compensarea în bani a concediului de odihnă neefectuat, Curtea Constituțională a statuat¹⁶⁾ că dispoziția potrivit căreia concediul de odihnă neefectuat de către salariat poate fi compensat în bani în cazul încetării contractului individual de muncă nu contravine principiilor economiei de piață și nici obligațiilor constituționale ale statului în acest domeniu.

Indiferent de motivele încetării contractului individual de muncă și de durata care a trecut de la încheierea contractului de muncă până în momentul încetării acestuia, salariatul a prestat munca și, proporțional cu perioada lucrată, a câștigat dreptul la concediu de odihnă. Întrucât, din cauza încetării contractului individual de muncă, acesta nu mai poate efectua concediul de odihnă la care are dreptul, apare ca fiind constituțională obligația angajatorului să îl compenseze în bani.

Acest drept al salariatului și obligația corelativă ce revine angajatorului nu afectează în niciun mod dreptul persoanei la o activitate economică și la libera inițiativă.

În cazul în care salariatul a decedat compensarea în bani se acordă¹⁷⁾ membrilor săi de familie, mai bine spus, moștenitorilor.

Din prevederile de mai sus ar rezulta că acestea se aplică numai salariaților, nu și funcționarilor publici, deși art. 93 din Legea nr. 188/1999¹⁸⁾ face trimitere la legislația muncii ca o completare a statului funcționarului public, putem considera că și acestora le pot fi aplicate aceste prevederi, deoarece nu contravin legislației specifice funcției publice.

Considerăm că ar fi necesară completarea articolului 50 din Codul muncii prin prevederea expresă a suspendării de drept a contractului individual de muncă în situația efectuării concediului de odihnă de către salariat. De asemenea, s-ar fi impus prevederea expresă ca angajatorul să poată compensa, în cazul în care încetează contractul de muncă al salariatului și se acordă preaviz, zilele pe care salariatul le-a efectuat în avans drept concediu de odihnă anual.

În România nu se reglementează dreptul la anul sabatic, cu toate că este un drept excepțional de bine-venit pentru cei care doresc să își dedice un an pentru cursuri, continuarea calificării, pentru odihna psihică și orice altceva.

¹⁵⁾ Al. Țiclea, *Modificări ale Codului muncii prin Legea nr. 12/2015*, art. cit., p. 21-22.

¹⁶⁾ Decizia nr. 312 din 8 iulie 2004, publicată în M. Of. nr. 797 din 30 august 2004, Decizia nr. 46 din 11 ianuarie 2007, publicată în M. Of. nr. 117 din 16 februarie 2007, și Decizia nr. 224 din 13 martie 2007, publicată în M. Of. nr. 272 din 24 aprilie 2007, Decizia 1236 din 22 septembrie 2011, publicată în M. Of. nr. 819 din 21 noiembrie 2011.

¹⁷⁾ I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de dreptul muncii*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 593.

¹⁸⁾ Publicată în M. Of. nr. 600 din 8 decembrie 1999, modificată și completată prin Legea nr. 161/2003, publicată în M. Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003 și O.U.G. nr. 40/2003, publicată în M. Of. nr. 378 din 2 iunie 2003.

Legea nr. 1/2011 a educației naționale¹⁹⁾ instituie, pentru profesorii și conferențiarilor sau directorii de granturi care timp de 6 ani consecutivi au derulat granturi de cercetare și au funcționat în aceeași universitate, dreptul de a beneficia de anul sabatic.

Pe perioada anului sabatic aceștia beneficiază de până la un salariu de bază, cu aprobarea Senatului universitar. Pe întreaga perioadă a anului sabatic persoanele în cauză își păstrează calitatea de titular, fără a fi însă obligați să presteze activitățile cuprinse în fișa postului.

Astfel, viitoarele inițiative de modificare și completare a Codului muncii trebuie în mod necesar să aibă în vedere și situațiile de mai sus, în scopul modernizării și ameliorării calității dreptului muncii ca ramură a sistemului dreptului românesc.

¹⁹⁾ Publicată în M. Of. nr. 18 din 10 ianuarie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratatе • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro



Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro



Portalul universuljuridic.ro:

- ✓ timp de 14 ani am investit în cele mai înalte standarde de informare;
- ✓ a venit momentul să dedicăm un portal profesionist celei mai competitive și mai performante comunități: comunitatea juriștilor;
- ✓ puteți accesa informație juridică reală, certificată editorial, necesară activității dvs., în orice moment;
- ✓ furnizăm conținut pentru cele mai exigente profesii, sub semnătura specialiștilor recunoscuți în domeniu.

www.universuljuridic.ro