

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

---

**REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE  
NR. 1/2015**

---

**Coordonator număr:  
Conferențiar universitar doctor Daniel GHIȚĂ**



**Vol. 28 (1/2015)**

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](http://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](mailto: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 Saarbrucken, 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 Boro**

– 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

Prof. univ. dr. **Călina Jugastru**, 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

Conf. univ. dr. **Lucian Bercea**, Universitatea de Vest  
din Timișoara, Decan al Facultății de Drept și Științe  
Administrative

Conf. univ. dr. **Daniel Ghiță**, Universitatea din Craiova,  
Facultatea de Drept

Lect. univ. dr. **Sebastian Spinei**, 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”

Lect. univ. dr. **Dan Constantin Tudurache**,  
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași,  
Facultatea de Drept

Prof. univ. dr. **Radu Catană**, Prorector al Universității  
„Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, 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

Control of places as a mean of evidence research, problems it has in practice <i>Granit SHAHU</i> .....	9
Human resource management and its impact in organizational performance <i>Enis FITA, Ardi BEZO</i> .....	13
Particularitățile transportului rutier contra cost de persoane prin servicii regulate și ocazionale în trafic internațional conform legislației Republicii Moldova <i>Iurie MIHALACHE</i> .....	21
State property management in Bulgaria <i>Milena KARADZHOVA</i> .....	31
Despre viciul de consimțământ al erorii <i>Eugen CHELARU</i> .....	37
Impreviziunea în contractele de comerț internațional <i>Carmen Tamara UNGUREANU</i> .....	48
Uzucapiunea servituților în reglementarea noului Cod civil <i>Irina SFERDIAN</i> .....	59
Delimitări conceptuale și practice între noțiunea de conflict pozitiv de competență și cea de litispendență <i>Nicolae-Horia ȚIȚ</i> .....	72
Marja de apreciere a judecătorului penal în aplicarea confiscării extinse <i>Flaviu CIOPEC</i> .....	83
Procedura insolvenței grupului de societăți <i>Viorel GĂINĂ</i> .....	95
Insolvența transfrontalieră: cadru și limită pentru executarea silită transfrontalieră <i>Sergiu POPOVICI</i> .....	103
Teoria impreviziunii prin prisma Codului civil al Republicii Moldova <i>Leonid CHIRTOACĂ</i> .....	118
Conceptul de constructor de bună-credință în accepțiunea vechiului și noului Cod civil. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență <i>Maria Marieta SOREAȚĂ</i> .....	124
Considerații privind încheierea logodnei în Codul civil român <i>Oana MOTICA</i> .....	131

Reflecții cu privire la receptarea efectelor hotărârilor europene în ordinea juridică română <i>Adrian CIRCA</i> .....	139
Armonizarea fiscală - una dintre țintele integrării în structurile europene <i>Alia Gabriela DUȚĂ</i> .....	158
Protecția drepturilor omului și autonomia ordinii juridice a UE - Avizul 2/2013 al CJUE <i>Carmen Gina ACHIMESCU</i> .....	168
Dreptul de a studia în programul Erasmus <i>Cristina OTOVESCU</i> .....	179
Efectul direct orizontal al directivelor - un efect indirect? <i>Anamaria GROZA</i> .....	187
Modalități de a aduce atingere patrimoniului, incriminate de noua lege penală, aspecte de stabilitate și de reformă <i>Camelia Raluca VOINEA</i> .....	196
Despre tendința de a transforma avortul într-un „drept al omului” <i>Rodica BURDUȘEL</i> .....	211
Conținutul constitutiv al infracțiunii de spălare de bani <i>Vali Ileana NIȚĂ</i> .....	216

## CONTENTS

Control of places as a mean of evidence research, problems it has in practice <i>Granit SHAHU</i> .....	9
Human resource management and its impact in organizational performance <i>Enis FITA, Ardi BEZO</i> .....	13
Particularities of road transport charges for regular and occasional services persons in international traffic under Republic of Moldova law <i>Iurie MIHALACHE</i> .....	21
State property management in Bulgaria <i>Milena KARADZHOVA</i> .....	31
On the consent vice of error <i>Eugen CHELARU</i> .....	37
Hardship in international trade agreements <i>Carmen Tamara UNGUREANU</i> .....	48
Usucapio servitudes in regulation of the new Civil code <i>Irina SFERDIAN</i> .....	59
Insights conceptual and practical notions of positive conflict of jurisdiction and <i>lis alibi pendens</i> <i>Nicolae-Horia TIT</i> .....	72
The judge's margin of appreciation in ruling upon extended confiscation in a criminal trial <i>Flaviu CIOPEC</i> .....	83
The insolvency procedure of the group of companies <i>Viorel GĂINĂ</i> .....	95
Cross-border insolvency: frame and limit for cross-border forced execution <i>Sergiu POPOVICI</i> .....	103
Unpredictability theory through the Civil code of the Republic of Moldova <i>Leonid CHIRTOACĂ</i> .....	118
The Concept of Building Contractor in Good Faith as Provided in the Old and new Civil code. A Comparative Study of Doctrine and Case Law <i>Maria Marieta SOREAȚĂ</i> .....	124
Considerations on the conclusion of the engagement in romanian Civil code <i>Oana MOTICA</i> .....	131

Reflections on the receptivity of the effects of European judgments in Romanian judicial system <i>Adrian CIRCA</i> .....	139
Tax harmonization - one of the integration target in the european frameworks <i>Alia Gabriela DUȚĂ</i> .....	158
Human rights' protection and the autonomy of EU legal order - ECJ's Opinion 2/2013 <i>Carmen Gina ACHIMESCU</i> .....	168
The right to study in Erasmus programme <i>Cristina OTOVESCU</i> .....	179
Horizontal direct effect of directives - an indirect effect? <i>Anamaria GROZA</i> .....	187
Ways to affect the new criminal law criminalized heritage - stability and reform issues <i>Camelia Raluca VOINEA</i> .....	196
About the tendency to make abortion become "a human right" <i>Rodica BURDUȘEL</i> .....	211
Constitutive content of the money laundering crime <i>Vali Ileana NIȚĂ</i> .....	216



# CONTROL OF PLACES AS A MEAN OF EVIDENCE RESEARCH, PROBLEMS IT HAS IN PRACTICE

*PhD. candidate Granit SHAHU,  
Prosecutor of Tirana District, Albania*

## § Control of places as a mean of evidence research, problems it has in practice

### **Abstract:**

*During the control of places, big attention it must be paid to the residence control, due to the fact that in the case of the residence control, one of the fundamental human rights is violated, precisely the inviolability of the residence.*

**Keywords:** Procedure, Human Rights, control, residence, decision, constitution.

In the Article 37 of the Albanian Constitution it is predicted:

*“The inviolability of the residence is guaranteed. Controls of residences and relevant environments, may be performed only in the cases and manners predicted by law”*

In the Article 8 of the European Convention on Human Rights it is predicted:

*“Everyone is entitled to have their private, family and residence right respected”*

Even the Albanian penal Code protects the residence predicting criminal offenses in case of its violation. But as every other right, the inviolability of the residence right is not absolute. The Albanian constitution and the human rights Convention permit its limitation, due to a public interest and protection of rights and freedoms of the others. But this limitation must meet these conditions:

- The limitation must be predicted by law
- The limitation must be necessary for a democratic society.

Thus, based on the above the Albanian penal procedure code defines the conditions and criteria to be met in the case of the control of residence and other places in general. These conditions are:

- The control must be performed only upon the court decision and only in urgent cases where there exist conditions predicted by the article 298 of the Penal Procedure Code it may be performed by the judicial police officers. The process-verbal of the residence control must be submitted to the prosecutor who leads the investi-

gations within 48 hours. The latter then evaluates this process-verbal as legal or not. Where these rules are not applied, the control is invalid and as a consequence the obtained results cannot be used in the court by the prosecutor. In addition, different measures may be taken towards the prosecutor and the judicial police officer. For instance, based on the request of the citizen A.N the Ombudsman undertook investigations due to the claim of the citizen for irregular action of the police. Concretely, the police went at his residence and performed a control due to the fact that a penal proceeding started on behalf of his son, but the police made this without meeting the conditions defined by the Penal Procedure Code on the control (the control in this case was performed without a court decision). Based on the recommendation of the ombudsman for the General Prosecutor, a penal proceeding started against the judicial police officer who undertook the control action of the residence in question.

When a certain place is being controlled, a copy of the control decision is sent to the person who owns this place. In the cases where this person is not found, the decision is sent to a relative, a neighbor or a co-worker. Our Penal Procedure Code does not predict what happens in the cases where the above-mentioned persons are not found.

Before a certain item is searched, the proceeding body may require its submission. If the item is submitted, the control is not performed except the cases where it is evaluated as necessary.

The control of the residence or a closed place near cannot start before 7:00 and after 20:00. In urgent cases the proceeding body may order in written that the control is performed beyond these limitations.

During the control of the places the proceeding body may control the present persons as well, when it evaluates that they may hide the material evidence or items belonging to the criminal offense. It may order that the present persons do not leave, or the returning of those who have left.

In the Albanian legislation the residence and the professional environments are taken under protection. In the article 202 of the Penal Procedure Code it is predicted that for the residence control and for the control of other places it is needed a court decision. In the article 205 of this code there are defined the same rules for the residence control and for the control of other places. The only difference that the Penal Procedure Code defines for the residence is the limitation of the time. In the article 52 of this code there are predicted these rules for the insight and control of the defender's office:

The insights and controls at the office of the defender are only allowed:

A)-when he or other persons continuously developing activities at the same office are defendants and only within the purposes to prove the offense related to them.

b) - to find out the material evidences of the offense or to search items or persons who are specially defined.

Before performing the insight and the control in the office of a defender, the proceeding body notifies the directing council of the attorney's chamber with the purpose that one of its members is present during the actions. In each case a copy

of the decision, is sent to the directing council of the attorney's chamber.

The insights, controls and sequestrations in the offices of the defenders are made by the judge personally, while during the preliminary investigations, these are performed by the prosecutor upon an authorizing decision of the court.

It is prohibited in every form, the control of the correspondence between the defendant and his defender.

The results of the insights, controls and sequestrations, performed in violation of the above provisions, except the second paragraph cannot be used.

As it was previously highlighted, the aim of the control is to find material evidence, documents and items belonging to the criminal offense. When the aim of the control is completed, the found items are sequestered applying the provisions of the Penal Procedure Code on the sequestration. The most discussed problems at this point are:

If the sequestration of the items related to the offense is legal or not?

The answer is as the following: the sequestration and the control are two similar procedural actions but also distinguished by each other. In the case of the control the items and other material evidence related to the offense, are known and searched, while in the case of sequestration they are preliminarily taken by the proceeding body. Starting by the differences these two means on evidence research have, the legislator has set several procedural rules to be applied for each of them. So the control and sequestration have independent by one another and it may occur that one of them is legitimate. For instance it may happen that the prosecution performs a residence control in the residence of a person accused for narcotic substance trafficking without obtaining firstly the court decision for this and there do not exist the conditions set in the article 298 of the Penal Procedure Code and during this control drug is found, which is sequestered by the proceeding body that performs the insight. There is no doubt that the control in this case is totally illegal. But what can we say about the sequestration in this case? As it will be explained in the other part, the sequestration decision can be made by the prosecutor. So the conditions for a valuable sequestration are met. The material evidence taken during this sequestration contain a clue, but that is practically very difficult to be presented to the court, because the process-verbal of the control cannot be used due to the fact that it is taken in violation of the law requirements. This means that the prosecutor cannot prove before the court that these evidenced were found at the defendant's house. But during the case investigation, there can be found other evidence that prove the relation between the item and the defendant. For instance during the illegal control it was sequestered a gun which is thought to have been used for a crime. It results that the person has permission for the gun. By the insight of the gun it is fixed its number, based on the registration made when the gun permission is provided it results that this gun is in the ownership of the defendant. Also by the ballistic expertise it results that the bullets found at the scene were fired by this gun. In this case, the clue that the item sequestered during an illegal control contained could prove a certain fact.

This rule in practice is not often applied. Even though the control is illegal, the process-verbal of the control is used to prove the belonging of the items found near it.

In the decision of the high Court No. 465 on 6<sup>th</sup> October 1999 it reasoned among others “during a routine control performed by police officers in this vehicle were found 26 kg and 250 gr narcotic plant, placed in three bags. For the above the Court of Korca proved the culpability”. In this decision it is expressed that the control was a routine control so the police officers did not have a previous decision of the court, also the conditions set by the article 298 of the Albania Penal Procedure Code for the control upon the initiative of the police officers were not met. But despite all this the High Court based its decision on an illegal control. In this case the accused person only has the Constitutional Court to reset his constitutional right of not punishing him based on the evidences gathered in an illegal way.

But it might be that the control is legal and the sequestration made during it is illegal. For instance during a legal control it was sequestered the correspondence of the defendant with its attorney, these are items that cannot be sequestered, and as a consequence the sequestration is illegal.

In the case where during a legal control, with defined object, there are found object that create the convention to belong to another penal offense, the sequestration of this items is legal or not?

As it was highlighted, the Court based on the article 202 of the Penal Procedure Code decides the control when it has doubts that someone is hiding evidences and material items that belong to a certain penal offense. The proceeding body that performs the control tries to find the items that are object of investigation but that create the conviction to belong to another penal offense. In this case, the proceeding body must perform the sequestration of these items as the conditions for a legal sequestration are met. The process-verbal of the control related to these items cannot be used as these items were not its object. The sequestered items in this case will serve for the promotion of a new penal proceeding.

# HUMAN RESOURCE MANAGEMENT AND ITS IMPACT IN ORGANIZATIONAL PERFORMANCE

*PhD (c) Enis FITA\**

*“Professional Academy of Business”  
Faculty of Economy  
Tirana, Albania*

*PhD (c) Ardi BEZO\*\**

*“Professional Academy of Business”  
Faculty of Economy  
Tirana, Albania*

## § Human resource management and its impact in organizational performance

### Abstract:

*The concept of human resources and their management has evolved in recent years. Until a few years ago it was considered a novelty to treat the individual as a source, while today objections to this treatment have risen and human resource management remains a thorny issue in organizations, whether private or public, because human resources are considered the most important competitive advantage of the organization. For the human resource to be an advantage for the organization, it should lead the organization to success i.e. influence on its performance, so the main question to which this study tries to answer is whether can be really perceived human resources management as the way to influence performance of the organization.*

*The last decade of empirical research on the added value of human resource management (HRM), also known as the HRM and Performance debate, demonstrates evidence that ‘HRM does matter’ (Huselid, 1995; Guest, Michie, Conway and Sheehan, 2003; Wright, Gardner and Moynihan, 2003). Unfortunately, the relationships are often (statistically) weak and the results are often ambiguous. Performance Management deals with the challenge organizations face in defining, measuring and stimulating employee performance with the ultimate goal to improve organizational performance.*

---

\* E-mail: [efita@apb.edu.al](mailto:efita@apb.edu.al).

\*\* E-mail: [abezo@apb.edu.al](mailto:abezo@apb.edu.al).

*After a brief overview of achievements to date, we proceed with the theoretical and methodological issues related to what constitutes HRM, what is meant by the concept of performance and what is the nature of the link between these two. Thus, Performance Management involves multiple levels of analysis and is clearly linked to the topics studied in strategic HRM as well as performance appraisal. The model incorporates multi-level elements, and adds to previous models by explicitly incorporating employee perceptions, the role of direct supervisors and possible reversed causality. This paper reviews and attempts to extend the theoretical and methodological issues in the HRM and performance debate. Our aim is to build an agenda for future research in this area.*

**Keywords:** Performance management, Human Resource Management, strategies, employees.

### **The link between HRM and performance**

The Performance Management perspective stresses the need to align HRM practices with the aim of affecting employee and organizational performance. Thus, an integrated set of HRM practices is central to Performance Management. The relationship between HRM and organisational performance has been the topic of a heated debate over the last decade (e.g. Wright & Snell, 1998). Studies in this area often report positive relationships between integrated bundles of HRM practices and different measures of organizational performance (e.g. Arthur, 1994; Delery & Doty, 1996; Guthrie, 2001; Huselid, 1995; MacDuffie, 1995).

Empirical results on HRM and performance have been presented in a range of special issues of international academic journals like the Academy of Management Journal, the International Journal of Human Resource Management and the Human Resource Management Journal. The empirical results suggest the added value of HR interventions. However, there are still a number of unresolved issues.

In 1997 Guest argued that there was a need for (1) theory on HRM, (2) theory on performance, and (3) theory on how the two are linked (Guest, 1997). Seven years later Boselie, Dietz and Boon (2005) conducted an exploratory analysis and overview of the linkages between human resource management and performance in 104 empirical articles published in prominent international refereed journals between 1994 and 2003. Their findings demonstrated a deficiency in the literature regarding alternative theories on the concept of HRM, the concept of performance, and on how the two are linked. Although significant progress has been made in unraveling the links between HRM and performance, even though several theoretical and empirical problems remain. Most studies suffer from methodological limitations. For example, many are conducted at a single point in time (cross-sectional). Most use single respondents (mostly HR managers) as their source of information. They tend to focus on the managerial view and seldom assess the employees' perspective. Often sample sizes are limited. Also, the theoretical foundation for how

and why measured HRM practices might affect performance is not always clear. For example, Guest (2001) illustrates that theory building as well as operationalizing and measuring HRM, performance, and the relationship between them is still problematic. Which HRM practices should be studied? How can these be measured? Which performance outcomes are relevant? What are the causal mechanisms involved?

Under the heading of this difficult to answer - question we deal with the following issues:

- HRM within the employer - employee relationship;
- Bundles of human resources: best practice vs. the best fit approach;
- Linkage between HRM and performance
- Difficulties with the link between human capital and performance

### **HRM within the “employer - employee relationship”**

HRM has as its central focus, “managing people within the employer - employee relationship” and involves marshalling the productive capacity of an organization’s members (Stone 1995: 4). Stone suggests the domain of HRM covers the “acquisition, development, reward and motivation maintenance and departure” of employees and typical areas of concern include HR planning and capability audits, recruitment and selection of employees, skill development and training, career progression, performance appraisal, formulating employment conditions and compensation and reward. Further, Wright and Ferris (1996) add that HRM is concerned with understanding and interpreting the legal framework and context regulating conditions of employment and employment relations. In addition, however, effective Human Resource Management is argued to deliver competitive advantage to firms (Walker 1992). In this way, the effective deployment and management of people within organizations is purported to be a powerful tool to respond to complex and turbulent environments and achieve superior organizational outcomes.

The applicability of HRM to public sector organizations, then, is clearly established. Public sector organizations need to hire, develop and train employees, and establish payment systems, set conditions of employment and develop a coherent set of employment policies. However, the particularity of the public sector with a focus on public interest outcomes rather than private interests may add a layer of complexity that does not easily fit with HRM as a strategic partner in achieving organizational competitiveness and business outcomes.

### **Bundles of human resources**

A number of studies have attempted to show the link between HR and performance, some of which rely on the single measures of HR practices. Bartel (1994) establishes a link between the adoption of training programs and productivity growth. The adoption of training programmes has also been linked to financial performance (Russell et al., 1985), and Gerhart & Milkovich (1990) and Weitzman & Kruse

(1990) identify the links between incentive compensation schemes and productivity. However, such reliance on single HR practices may not reveal an accurate picture. The dominant view of human resource efficacy is that individual human resource practices 'have the limited ability to generate competitive advantage in isolation' but 'in combination...they can enable a firm to realize its full competitive advantage' (Barney, 1995: 56). In other words, relying on the single HR practices with which to predict performance is unlikely to be revealing.

One of the key discussions within HRM is the distinction between the so-called best practice and the best-fit approaches. Some say there are universalistic best practices in HRM (Pfeffer, 1994), others argue that there are only best-fit practices (Wood, 1999), stating that the effect of HR practices depends on the specific (internal and external) context. It seems logical to believe in a best-fit approach in contrast to a somewhat simplistic best practice approach, but the empirical evidence still supports the best practice approach (Delery and Doty, 1996). Boxall and Purcell (2003) argue that both - best practice and best-fit- might be right each in their own way. Some basic principles like employee development, employee involvement and high rewards are universally successful, but the actual design of the HR practice depends to some degree on unique organizational contexts. So the whole debate about universalistic best practices versus best-fit practices actually represents two sides of the same coin and both are relevant in exploring the linkage between HRM and Performance.

A central tenet of strategic HRM is that there should be vertical linkage between HR practices and processes and the organizational strategy. Strategies vary with differences in a strategic approach. Most work in this area employs a set of traditional strategy typologies, such as cost, flexibility and quality strategies. The emphasis here is on alignment, or fit, between the external environment, the strategy of the organization, and HR. The notion of the fit approach has been articulated by several HR scholars and the benefits of tight coupling to ensure efficiency and effectiveness in achieving organizational aims have been well attested. But some authors (e.g., Orton & Weick, 1990; Perrow, 1984) have argued that such tight links may represent a barrier to adaptability and flexibility.

A second perspective on HR and performance linkages is the idea of "best practices", or "high performance work practices". This view emphasizes the need for strong consistency among HR practices (internal fit) in order to achieve effective performance. It receives a high degree of empirical support (see Huselid, 1995; Delaney & Huselid, 1996; Arthur, 1994; Ichniowski et al., 1994; MacDuffie, 1995). Pioneered by the prominent researcher Pfeffer (1994), there are 15 HR practices that have primarily been subsumed.

Arthur (1992, 1994) reports that the HR practices focusing on enhancing employee commitment (e.g. decentralized decision-making, comprehensive training, salaried compensation, employee participation) are related to higher performance. Conversely, he finds that the HR practices focusing on control, efficiency and the reduction of employee skills and discretion are associated with increased turnover and poorer manufacturing performance. Similarly, in a study of the high performance work practices, Huselid (1995) point to the fact that investments in HR activities,



such as incentive compensation, selective staffing techniques and employee participation, result in lower turnover, greater productivity and increased organizational performance through their impact on employee skill development and motivation.

Despite the existence of the research support on the 'fit' approaches, there are notable differences across studies as to what constitutes a 'best' practice. Several themes emerge across the studies. At their heart, most of the studies focus on enhancing the skill base of employees through HR activities, such as selective staffing, comprehensive training and broad developmental efforts like job rotation and cross utilization. Furthermore, the studies tend to promote empowerment, participative problem solving and teamwork with job redesign, and group based incentives.

### **The linkage between HRM and performance**

The most crucial part in our overview of issues relating to the HRM and performance debate is of course the linkage between the two, here we concentrate on the following topics: the nature of the linkage, the relevance and non-relevance of strategy, the importance of the institutional context and arising conflicting demands, the need for multi-level analysis, and how to cope with reverse causality.

Two broad research streams have emerged during the course of the study concerning the relationship between HRM and OP. The first stream advocates that HRM practices have a direct effect on organisational performance (e.g. Schuler and Jackson, 1999; Chand and Katou, 2007), whilst the second stream argues that HRM practices only can have an indirect effect on OP (e.g. Wright et al., 2003).

#### *Direct effects*

Research evidencing the direct effects between HRM practices and OP has emphasized sixteen best practices, later consolidated into seven, as proposed by Pfeffer (1994, 1998). It is argued that the greater use of such practices emphasizing employee participation and empowerment - including teamwork, employee training, and performance contingency-incentive compensation - are believed to improve the performance of organisations (Pfeffer, 1994). These specific HR practices have been termed as "best practices" (Pfeffer, 1994), "high performance work system (HPWS)" (Way, 2002; Beltran-Martin et al., 2008; Guthrie et al., 2009), "high-involvement practices" (Wood and de Menezes, 2008; Lawler, 1986) or "high commitment practices" (Wood, 1996). Research thus far has supported the notion that the HR system is one important component that helps organizations to become more effective and to achieve competitive advantage. Researchers have also examined the impact of an individual HR practice, or a specific bundle of HR practices, in relation to performance on the presumption that they are the appropriate level of analysis for examining the impact of organization-level performances (Delaney and Huselid, 1996). As stated previously, a system or a bundle of practices would ultimately generate greater effects as the whole is greater than the sum of its parts. For instance, to recruit and select good employees without training them, or to otherwise train and develop them without giving them the authority to make decisions would produce few effects; whereas implementing the three practices together would produce greater

effects (Wall and Wood, 2005). This is in contrast to individual HR practices which, in isolation, can produce only a limited amount of competitive advantage (Barney, 1995). However, HRM bundles of best practices have been very popular, and researchers have used different measures to assess these practices.

#### *Indirect effects*

Another line of research has demonstrated that, whether separate or in a bundle, HRM practices do not impact upon OP directly (e.g. Katou and Budhwar, 2006). HR practices, at best, only impact some mediator variables which subsequently impact OP (Dyer and Reeves, 1995; Becker and Gerhart, 1996; Paauwe and Richardson, 1997; Guest, 1997; Wright et al., 2003; Collins and Clark, 2003; Paauwe, 2009); this can be termed as the “black box” issue in HRM-performance research. With this in mind, some researchers have started looking and searching inside the “black box” in an attempt to understand which HR practices could impact OP to the greatest extent. Different mediating variables have been used by researchers to establish an effective HRM-performance link mechanism, such as employee turnover, employee productivity, employees and customer satisfaction, knowledge management, technology, and organizational culture, which addresses the call of some researchers (Guest, 1997; Wright et al., 2003) for the exploration of new theoretical frameworks with different mediating variables. Notably, researchers have been called upon to conduct studies on the “black box” to find an effective HRM-performance link mechanism which helps academics and professionals to clearly and precisely understand the relationship between HRM and OP; nevertheless, owing to the fact that there is no established method available to researchers to follow in an attempt to determine which HR practices could (indirectly) impact OP, little attention has thus far been paid to further explore these aspects of research (Wright et al., 2003).

### **Difficulties with the link between human capital and performance**

There are a number of problems with asserting a linkage between human capital and human resource initiatives and organizational performance. Drawing on the work of Becker & Gerhart (1996) and Guest (1997), we can identify the following:

1. Reverse causation - Do human capital processes lead to increased performance, or is the alternative explanation equally as likely: that higher performing firms will have more resources to invest in better human capital management? If the casual link is to be established, there is a need to specify the intervening variables between human capital management and performance. The fact that profit sharing is associated with higher profits can be interpreted in at least two ways: profit sharing causes higher profits, or firms with higher profits are more likely to implement profit sharing. However, if it can be demonstrated that employees in firms with profit sharing have different attitudes and behaviors than those in firms without profit sharing. And that these differences also translate into different levels of customer satisfaction, productivity, speed to market and so forth.

2. A good deal of work has emphasized the alignment of human resources to organizational strategies (e.g. a cost leadership strategy and a differentiation strategy). But the firm-specific contexts and contingencies surrounding the organization will make HR alignment much more complex and idiosyncratic, and render generalizations about HR and human capital problematic.
3. If human capital is, in a real sense, “best practice”, why is it that some organizations lack human capital processes and yet are successful in their businesses? Or, in other words, why doesn’t everyone adopt human capital principles? These are some empirical questions to be investigated. A simple answer would be that such firms may be successful now, but the possibility of sustaining their success is perhaps reduced by the degree of their failure to implement the human capital concepts. In general, we agree with Becker & Gerhart (1996) who state that ‘more effort should be devoted to finding out what managers are thinking when they make the decisions they do.

## Conclusions

The field of HRM has evolved significantly over the past 90-100 years. A growing number of studies have attempted to show the link between human resources and performance. Although the case is not watertight, due to a number of methodological reasons, the weight of evidence is beginning to look compelling. An important finding of this research is that both contingency and best practice models can complement each other to create the conditions for effective human capital management. Meaning that the adoption of such high performance practices as incentive-based pay or selective staffing, is part of building HR architecture. The details of how these practices become effective within the organization raises a matter of aligning these broad principles to the strategy and the context of the company.

We are convinced that progress in understanding the relationship between HRM and performance can be achieved by taking into account all the points made so far. However, that kind of progress will be piece-meal. Consequently, real progress can only be made by looking at the broader picture of developments in the field of strategic management, the speed of change within companies and what this implies for managing people and stakeholders. How can we achieve flexibility, agility and what is needed in terms of value alignment at the various levels of analysis? We need to look beyond practices such as staffing and the management of human resource flows. These are the kinds of hygiene factors, which if not delivered cost-effectively will lead to underperformance of the organisation. A real contribution to performance (in its multidimensional meaning) will only happen once we approach HRM from a more holistic and balanced perspective, including part of the organizational climate and culture, aimed at bringing about the alignment between individual values, corporate values and societal values.

## References

- Arthur, J. (1994), "Effects of human resource systems on manufacturing performance and turnover", *Academy of Management Journal*, Vol. 37 No. 3.
- Barney, J. (1995), "Looking inside for competitive advantage", *Academy of Management Executive*, Vol. 9.
- Barney, J. and Wright, P.M. (1998), "On becoming a strategic partner: the role of human resources in gaining competitive advantage", *HRM* Vol. 37 No. 1.
- Bartel, A. (1994), "Productivity gains from the implementation of employee training programs", *Industrial Relations*, Vol. 33.
- Becker, B. and Gerhart, B. (1996), "The impact of human resource management on organizational performance: progress and prospects", *Academy of Management Journal*, Vol. 39.
- Guest, D.E. (2011), "Human resource management and performance: still searching for some answers", *Human Resource Management Journal*, Vol. 22 No. 1.
- Guest, D. E., Michie, J., Sheehan, M., Conway, N. & Metochi, M. (2000). "Effective people management: Initial findings of the Future of Work study. London: Chartered Institute of Personnel and Development".
- Gerhart, B., Wright, P., McMahan, G. and Snell, S. (2006), "Measurement error in research on human resources and firm performance: how much error is there and how does it influence effect size estimates?", *Personnel Psychology*, Vol. 53.
- Lepak, D.P. and Snell, S.A. 2002. Examining the human resource architecture: The relationship among human capital, employment, and human resource configurations. *Journal of Management*.
- Huselid, M. and Becker, B. (1996), "Methodological issues in cross-sectional and panel estimates of the human resource-firm performance link", *Industrial Relations*, Vol. 35.
- Wright, P., Dunford, B.B. and Scott, S. (2001), "Human resources and the resource based view of the firm", *Journal of Management*, Vol. 27.
- Wright, P., Snell, S. and Dyer, L. (2005), "New models of strategic HRM in a global context", *International Journal of Human Resource Management*, Vol. 16.
- Wright, P.M., Gardner, T.M. and Moynihan, L.M. (2003), "The impact of HR practices on the performance of business units", *Human Resource Management Journal*, Vol. 13 No. 3.

# PARTICULARITĂȚILE TRANSPORTULUI RUTIER CONTRA COST DE PERSOANE PRIN SERVICII REGULATE ȘI OCAZIONALE ÎN TRAFIC INTERNAȚIONAL CONFORM LEGISLAȚIEI REPUBLICII MOLDOVA

*Conf. univ. Iurie MIHALACHE*

*Doctor în drept*

*Decanul Facultății de Drept, Universitatea „Constantin Stere”*

## § Particularities of road transport charges for regular and occasional services persons in international traffic under Republic of Moldova law

### **Abstract:**

*The author aims to analyze in this study the topic concerning the road surcharge persons in international traffic. It may be carried out in two ways, by regular and occasional services.*

*Currently, Republic of Moldova has bilateral agreements on international road transport of passengers and goods to more countries, namely Romania, Ukraine, Bulgaria, Denmark, Lithuania, Czech Republic, Armenia, Netherlands, Germany, Uzbekistan, Kazakhstan, Azerbaijan, Turkey, Belgium, Estonia, Switzerland, Spain, Slovakia, Macedonia, Slovenia, Poland, Finland.*

**Keywords:** road transport, international traffic, Republic of Moldova.

Transportul rutier contra cost de persoane în trafic internațional poate fi efectuat pe două căi, prin servicii regulate și ocazionale.

**Transportul rutier prin servicii regulate** se face în baza autorizațiilor eliberate de Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor din Republica Moldova, autorizațiilor de capăt eliberate de ministerul de resort al țării destinate, precum și autorizațiilor de tranzit, eliberate de statele tranzitare.

Pentru deschiderea unei rute regulate internaționale există o serie de cerințe. În primul rând, operatorul de transport trebuie să identifice în țara de destinație un transportator în calitate de partener, cu care să încheie contract de colaborare (de efectuare a rutelor în paritate). Astfel există mai multă certitudine că efectuarea rutelor se va realiza fără întreruperi, iar în cazuri excepționale (accidente, defecțiuni

ale mijlocului de transport, calamități naturale ș.a.), partenerul străin va interveni pentru a salva situația. Având contractul de colaborare cu partenerul străin, dar și alte documente relevante, precum orarul de circulație, schema rutei, regimul de muncă și odihnă a șoferilor, tarifele, ministerul de resort din Republica Moldova și ministerul de resort al țării de destinație vor elibera autorizații de efectuare a rutei solicitate. În cazul când prin tranzit se traversează și teritoriul altor state, vor fi necesare autorizații de tranzit, eliberate de ministerele de transport din statele vizate. Cerințe speciale există și pentru șoferi. La efectuarea rutei internaționale se admit numai șoferii care dispun de legitimație de șofer internațional (numit și *certificat de competență*), eliberată de Asociația Internațională a Transportatorilor Auto din R.M.

Așadar, deschiderea rutelor internaționale noi, modificarea sau închiderea celor existente se face de către Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor al R.M., în comun cu organul de stat competent al celuilalt stat, în baza acordurilor bilaterale încheiate. În prezent, Republica Moldova are încheiate acorduri bilaterale privind transportul auto internațional de pasageri și mărfuri cu mai multe țări, și anume: România, Ucraina, Bulgaria, Danemarca, Lituania, Cehia, Armenia, Regatul Țărilor de Jos, Germania, Uzbekistan, Kazahstan, Azerbaidjan, Turcia, Belgia, Estonia, Elveția, Spania, Slovacia, Macedonia, Slovenia, Polonia, Finlanda<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Acord nr. AGRMGR din 28 octombrie 1992 între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul **României** în domeniul transporturilor rutiere, în Monitorul Oficial nr. 000 din 28 octombrie 1992; Acord nr. RMBULT din 12 decembrie 1994 între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Bulgaria** privind transportul rutier internațional de pasageri și mărfuri, în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 000 din 3 aprilie 1997; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Regatului **Danemarcei** privind transportul internațional rutier de pasageri și mărfuri din 21 ianuarie 1994, în ed. of. „Tratate internaționale”, 1999, volumul 18, p. 338; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Lituania** cu privire la transporturile auto internaționale de pasageri și mărfuri din 8 iunie 1995, în ed. of. „Tratate internaționale”, 1999, volumul 19, p. 344; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Cehie** cu privire la transportul rutier internațional din 26 mai 1998, în ed. of. „Tratate internaționale”, 2001, volumul 24, p. 63; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Armenia** privind traficul auto internațional din 30 octombrie 1996, în ed. of. „Tratate internaționale”, 1996, volumul 23, p. 4; Acord între Guvernul Republicii Moldova și **Regatul Țărilor de Jos** privind transportul internațional rutier din 29 octombrie 1996, în ed. of. „Tratate internaționale”, 1999, volumul 20, p. 24; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii Federative **Germania** cu privire la transporturile rutiere internaționale de persoane și mărfuri din 11 octombrie 1995, în ed. of. „Tratate internaționale”, 1999, volumul 19, p. 14; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Uzbekistan** cu privire la traficul auto internațional din 21 noiembrie 1995, în ed. of. „Tratate internaționale”, 1999, volumul 22, p. 475; Acord cu privire la transportul rutier internațional între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Turcia** din 3 iunie 1994, în ed. of. „Tratate internaționale”, 1999, volumul 21, p. 394; Acord nr. RMBELG din 21 mai 1996 între Guvernul Republicii Moldova și Regatul **Belgia** privind transportul rutier, în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 000 din 21 mai 1997; Acord nr. RMEST din 21 aprilie 1997 între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Estonia** cu privire la transporturile auto internaționale de pasageri și mărfuri, în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 000 din 21 aprilie 1997; Acord nr. GRMCFE din 10 septembrie 1998 între Guvernul Republicii Moldova și Consiliul Federal **Elvețian** privind transporturile rutiere internaționale de pasageri și mărfuri, în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 000 din 10 septembrie 1998; Acord nr. 2005 din 20 mai 1999 între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Regatului **Spaniei** privind transportul auto internațional, în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 000 din 20 mai 1999; Acord nr. 1507 din 15 iulie 1999 privind transportul auto internațional între Guvernul

Sistemul astfel organizat prin acorduri bilaterale prezintă un mare avantaj, fiindcă orice întreprindere de transporturi poate obține în propria sa țară autorizația necesară pentru a avea acces la folosirea drumurilor publice ale altui stat. În fiecare an, statele contractante stabilesc de comun acord numărul de autorizații prezumate ca necesare pentru transporturile din anul următor dintre cele două țări. Cu aceasta se ocupă în detaliu Comisiile mixte (moldo-române, moldo-ucrainene etc.), compuse din specialiști în transporturile rutiere și care stabilesc numărul de autorizații pentru schimbul anual (pct. 1.1 (a) din *Instrucțiunea provizorie privind modul de eliberare și evidență a autorizațiilor unitare pentru traficul auto internațional*, aprobată prin Ordinul ministrului transporturilor nr. 11 din 16 ianuarie 2010, nepublicată în Monitorul Oficial).

Autorizația reprezintă un document de strictă evidență (un formular), căruia i se atribuie serie și număr de ordine. Eliberarea autorizațiilor se face contra plată. Mărimea taxei pentru eliberarea autorizațiilor este stabilită prin anexa nr. 3 la Legea fondului rutier nr. 720/1996<sup>2)</sup>, iar mijloacele bănești acumulate se folosesc la reparația și construcția drumurilor. Autorizația poate fi folosită numai de acel transportator pe numele căruia a fost eliberată și nu poate fi transmisă unei alte persoane. Mai mult ca atât, în autorizație se înscrie și numărul de înmatriculare al mijlocului de transport cu care se va efectua ruta. De aceea, transportatorii solicită mai multe autorizații (câte 4-5), pentru fiecare autovehicul în parte. Controlul asupra utilizării autorizațiilor este efectuat de Autoritatea Administrativă „Agenția Națională Transport Auto”.

Convențional, putem delimita trei etape în procesul de deschidere a noilor rute, și anume:

**Prima etapă.** Transportatorul moldovean trebuie să facă o adresare către Ministerul transporturilor cerând permisiunea privind acordarea dreptului de deservire a rutei (de perfectare a documentelor). Ministerul acordă această permisiune printr-o dispoziție a ministrului. Pentru a obține dreptul de deservire, transportatorul va trebui să depună la minister un dosar care va cuprinde:

a) *licența pentru activitatea de transport rutier*, eliberată de Camera de Licențiere. În licență se indică genul de activitate pentru a cărei desfășurare aceasta

---

Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Kazahstan**, în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 000 din 15 iulie 1999; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Slovace** privind transportul rutier internațional de pasageri și mărfuri din 30 mai 2000, în ed. of. „Tratate internaționale”, 2001, volumul 24, p. 423; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Macedonia** privind transportul rutier internațional de pasageri și mărfuri din 30 mai 2000, în ed. of. „Tratate internaționale”, 2005, volumul 21, p. 21; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Slovenia** cu privire la transportul rutier internațional din 11 februarie 2000, în ed. of. „Tratate internaționale”, 2001, volumul 24, p. 431; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Polone** privind transporturile auto internaționale din 10 decembrie 1997, în ed. of. „Tratate internaționale”, 1999, volumul 23, p. 215; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Azerbaidjan** privind traficul auto internațional din 27 noiembrie 1997, în ed. of. „Tratate internaționale”, 1999, volumul 23, p. 11; Acord între Guvernul Republicii Moldova și Guvernul Republicii **Finlanda** cu privire la transportul rutier internațional din 24 iunie 1997, în ed. of. „Tratate internaționale”, 2005, volumul 32, p. 224.

<sup>2)</sup> *Legea fondului rutier*, nr. 720 din 2 februarie 1996, M. Of. al Republicii Moldova, 2010, nr. 247-251.

este eliberată („Transportul auto de călători în folos public”, în corespundere cu art. 8 pct. 15 al Legii nr. 451/2001 privind licențierea unor genuri de activitate<sup>3)</sup>), numărul, seria, data eliberării și data până când este valabilă. Pe versoul licenței este amplasată o anexă, în care se specifică mijlocul de transport (tipul, marca și numărul de înmatriculare) cu care poate fi prestat genul de activitate indicat în licență<sup>4)</sup>.

b) *certificatul de competență profesională a șoferilor* (legitimația de șofer internațional), eliberat de Asociația Internațională a Transportatorilor Auto din R.M. (AITA), cu termen de valabilitate de 3 ani; sunt necesare certificatele a cel puțin doi șoferi, deoarece rutele internaționale se efectuează cu doi șoferi;

c) *proiectul orarului de circulație pe ruta respectivă*. Este cerut la pct. 43 din Regulament și trebuie să cuprindă punctul de pornire și sosire, localitățile în care sunt prevăzute staționări, durata de staționare, distanțele, orele de plecare, punctele de trecere a frontierei de stat și țările de tranzit.

Cea mai mare problemă cu aceste grafice este că în Republica Moldova sunt puțini specialiști capabili de a le întocmi, dar și aceștia comit greșeli. Or, graficul trebuie întocmit cu atâta precizie, încât șoferii să se poată încadra în orarul dat, altfel cele mai mici devieri (chiar și până la 20 de minute) se pot solda cu amenzi aplicate de organele de poliție ale altor state<sup>5)</sup>.

d) *schema rutei*: constituie o reprezentare grafică, realizată la computer, în care se indică harta și traseul conturat, începând cu punctul de pornire și până la punctul de destinație.

Obținând dreptul de deservire, transportatorul din Republica Moldova are la dispoziție un interval de timp pentru a găsi un transportator în țara de destinație, care să fie de acord la efectuarea curselor în regim de paritate (de exemplu, 50% din curse să le efectueze transportatorul ceh și 50% cel moldovean), respectiv să accepte încheierea contractului de efectuare a rutei în paritate (contract de colaborare).

**A doua etapă.** După semnarea actelor cu partenerul străin, se va trece la cea de-a doua etapă de perfectare a documentelor, în care transportatorul va prezenta ministerului:

1) *contractul încheiat cu un partener străin din țara de destinație pentru efectuarea la paritate a rutei (curselor)*. Prin aceasta se asigură o mai bună garanție că, dacă unul dintre transportatori nu va putea efectua ruta, va interveni celălalt pentru a o continua. Deși în mod normal ar trebui ca cursele să fie efectuate de

<sup>3)</sup> *Legea privind licențierea unor genuri de activitate*, nr. 451 din 30 iulie 2001, M. Of. al Republicii Moldova, 2001, nr. 108-109.

<sup>4)</sup> De asemenea, în anexa la licență sunt stabilite o serie de condiții pentru transportatori, nerespectarea cărora dă temei organului de licențiere de a retrage licența. Astfel, titularul de licență este obligat: 1) Să desfășoare activitatea licențiată în conformitate cu cadrul legislativ-normativ, tratatele internaționale și acordurile interguvernamentale în domeniu, la care Republica Moldova este parte; 2) Să țină registrele de evidență a controalelor medicale ale conducătorilor auto, a foilor de parcurs, a biletelor de călătorie eliberate și a controalelor tehnice ale mijloacelor de transport la ieșirea din locul parcurii pentru efectuarea transportării călătorilor; 3) Să respecte normele de protecție a securității pasagerilor, securității circulației rutiere și normele de protecție a muncii de către personalul angajat; 4) Să dispună de cadre calificate (inginer mecanic, medic și șoferi care să posede legitimație de șofer internațional).

<sup>5)</sup> O bună parte dintre transportatorii din republică au renunțat la rutele internaționale anume din considerentul că graficele lor nu erau exacte; șoferii nu se puteau încadra în orarul de circulație, iar organele de poliție le aplicau încontinuu amenzi.



ambii transportatori, așa cum s-a angajat prin contract, în practică acest lucru nu se respectă, astfel încât toate cursele pot fi realizate de unul și același transportator. Prezența acestui contract este mai mult una formală, iar în practică nimeni nu verifică respectarea parității<sup>6)</sup>. Cu atât mai mult că nici legea nu obligă transportatorii să respecte paritatea, prin urmare este posibil și suficient ca unul să efectueze toate cursele.

2) *actul ce confirmă abilitarea partenerului străin de către organul competent din țara de origine pentru efectuarea transporturilor internaționale de călători*. Cu alte cuvinte, se are în vedere licența. În practică, adeseori apar semne de întrebare, deoarece peste hotare (în Germania, Franța, Spania etc.) nu există un așa număr mare de documente cum sunt în Republica Moldova. La ei într-un singur act se includ toate celelalte. Prin urmare, atunci când le explici partenerilor străini să prezinte câteva acte suplimentare, ei rămân nedumeriți, motivând că nu au auzit de ele.

3) *duratele de conducere și odihnă pentru șoferii pe rută*. După cum s-a menționat, toate cursele internaționale se efectuează cu doi șoferi: primul se va afla la volan 4 ore, apoi va prelua al doilea.

4) *tariful de transportare a călătorilor, coordonat de ambii parteneri*. După ce au fost convenite de ambele părți, tarifele oricum trebuie aprobate de organele competente ale ambelor țări.

Toate aceste documente, perfectate în limbile ambilor țări, semnate de ambii transportatori și aplicată ștampila acestora, se prezintă ministerului în 3 exemplare. Primind pachetul de documente, ministerul le va expedia organului competent al țării partenere și al celei de tranzit pentru obținerea autorizațiilor. Autorizațiile obținute se eliberează transportatorilor contra plată sau gratuit, reieșind din prevederile acordurilor bilaterale.

**Condițiile cerute față de mijlocul de transport.** Pentru a putea deschide o rută nouă, solicitantul trebuie să aibă în proprietate sau în folosință un mijloc de transport - autobuz, microbuz sau autocar. Cum deseori se întâmplă, agențiile de transport nu au mijloace de transport în proprietate, dar le preiau în locațiune, pe o anumită perioadă de timp<sup>7)</sup>.

Primul lucru care urmează a fi efectuat constă în încheierea unui contract de locațiune (sau de comodat, dacă proprietarul autovehiculului acceptă să-l acorde în posesiune și folosință cu titlu gratuit). Mai apoi, mijlocul de transport trebuie înregistrat pe numele transportatorului. Procedura de înregistrare se face la  *Direcția*

<sup>6)</sup> În practică, cele mai multe probleme șoferii le au cu colaboratorii Serviciului Vamal. În timpul verificării actelor, ei remarcă că la cursa respectivă figurează și un al doilea transportator, pe când cursele le efectuează un singur transportator. Cu toate acestea, ei nu sunt în drept de a stabili interdicții sub acest aspect.

<sup>7)</sup> Proprietarul vine cu mijlocul de transport, îl acordă în locațiune întreprinderii de transport, aceasta îl pune pe rută și achită lunar locatorului o parte din câștig, conform înțelegerii din contract. Adeseori, proprietarii de autovehicule dispun de legitimație de șofer și se angajează în calitate de șofer pe rută. În relație cu întreprinderea de transport el devine un salariat în baza contractului individual de muncă, încheiat pe termen determinat. Sunt rare cazurile când șoferii își creează propria companie de transport, fiindcă aceasta necesită cunoștințe speciale, cheltuieli, experiență etc. De aceea, ei se asociază unui transportator care se ocupă cu partea formală, documentară, a deschiderii rutei.

de înregistrare a transportului și calificare a conducătorilor auto din cadrul Ministerului Tehnologiei Informației al R.M. Noului deținător al autovehiculului i se oferă certificatul de înmatriculare, în care se indică numărul și seria certificatului, denumirea noului deținător, numărul de înmatriculare, marca, modelul, tipul autovehiculului, anul fabricației, numărul motorului și al caroseriei, culoarea.

Pe lângă acestea, periodic (o dată la 6 luni) autovehiculul trebuie să supus testării tehnice, la una din stațiile de testare din republică, care eliberează un document, numit Raportul de verificare tehnică a vehiculului. În mod suplimentar, înainte de pornirea în cursă autovehiculul este supus reviziei tehnice de către mecanicul pe transport al întreprinderii, care înscrie datele în *Registrul reviziei tehnice și în foaia de parcurs*, însoțite de semnătură și ștampilă<sup>8)</sup>.

**Cerințe pentru șoferi.** La cursele internaționale participă cel puțin doi șoferi. Înainte de pornirea în rută, șoferii trec în mod obligatoriu controlul medical. Dacă starea sănătății este corespunzătoare, medicul permite ieșirea șoferului pe rută. Rezultatele controlului medical se înscriu de medic în Registrul de evidență a controlului medical, însoțite de semnătura și ștampila medicului, care se aplică și în foaia de parcurs<sup>9)</sup>.

Bineînțeles, șoferii trebuie să posede legitimație de șofer internațional, cu termen de valabilitate neexpirat, precum și viză de călătorie. De obicei, cu deschiderea vizei de călătorie se ocupă întreprinderea de transport.

Șoferii care efectuează transporturi de călători trebuie să fie în vârstă de cel puțin 21 de ani (art. 5). Zilnic, perioada de aflare a șoferului la volan nu trebuie să depășească 9 ore<sup>10)</sup>, iar după 4 ore și jumătate de conducere, șoferul trebuie să facă o pauză de cel puțin 45 de minute (art. 6 și 7)<sup>11)</sup>.

## 1. Transportul rutier prin servicii ocazionale (neregulate)

Transporturile rutiere internaționale ocazionale de călători se efectuează în corespundere cu *Acordul privind transportul internațional ocazional de călători cu autocarul și autobuzul*, numit pe scurt *Acordul INTERBUS*, semnat la Bruxelles la 28 septembrie 2000<sup>12)</sup>. Aceste transporturi pot fi de două feluri: liberalizate, adică

<sup>8)</sup> Actualmente, toate companiile de transport internațional din țară sunt obligate să aibă angajat un *mecanic* (ca muncă de bază sau prin cumul), funcția căruia constă în verificarea stării tehnice a mijloacelor de transport înainte de pornirea lor în cursă.

<sup>9)</sup> Ca și în cazul mecanicului, întreprinderile de transport internațional din republică sunt obligate să dispună de serviciile unui *medic* (în baza contractului individual de muncă). Medicul se prezintă cu 30 de minute până la începerea cursei și verifică starea sănătății șoferilor (o mare atenție se acordă tensiunii arteriale).

<sup>10)</sup> Prin excepție, se admite prelungirea acesteia cu încă o oră, dar numai de două ori pe săptămână.

<sup>11)</sup> Acordul european privind activitatea echipajelor vehiculelor care efectuează transporturi internaționale pe șosele (A.E.T.R.) din 1 iulie 1970 (statul nostru a aderat prin Hotărârea Parlamentului nr.1318-XII din 2 martie 1993), ed. of. „Tratate internaționale”, 1998, vol. 4, p. 109.

<sup>12)</sup> În prezent, pe teritoriul Republicii Moldova se aplică Regulamentul pentru implementarea Acordului privind transportul internațional ocazional de călători cu autocarul și autobuzul (Acordul INTERBUS), semnat la Bruxelles la 28 septembrie 2000, aprobat prin Hotărârea Guvernului R.M. nr. 456 din 24 aprilie 2007, M. Of. al Republicii Moldova, 2007, nr. 64.

scutite de autorizații, și neliberalizate, care se efectuează în bază de autorizații.

Transporturile scutite de autorizații, efectuate de transportatorii înregistrați în Republica Moldova, sunt de următoarele tipuri:

- servicii *cu ușile închise* - se realizează cu același autobuz sau autocar, care transportă același grup de călători de-a lungul călătoriei și îl aduce înapoi la locul de plecare. Locul de plecare se află pe teritoriul Republicii Moldova.

- servicii în care *călătoria tur* se efectuează încărcat, iar cea *retur în gol*. Locul de plecare se află în Republica Moldova.

- servicii în care *călătoria tur* se efectuează *în gol* și toți călătorii sunt *îmbarcați din același loc*.

Călătoria se face în baza foilor de parcurs, numite INTERBUS. Ele reprezintă niște formulare tipizate care urmează a fi completate de către șoferi sau, după caz, de alți angajați ai firmei, înainte de pornire. Deoarece șoferul primește mai multe foi de parcurs, toate completate la fel, setul se numește carnetul cu foi de parcurs.

În toate cazurile, la carnetul cu foile de parcurs INTERBUS se anexează contractul de transport încheiat cu grupul de călători (cel mai frecvent, cu agenția de turism) prin care se confirmă scopul călătoriei. Contractul trebuie să conțină obligatoriu clauze cu privire la: data și locul (țara) încheierii contractului; data și locul (țara) formării grupului; data și locul (țara) îmbarcării călătorilor; locul (țara) de destinație.

Uneori se poate întâmpla ca un autobuz aflat pe rută în străinătate să fie accidentat sau defectat. În asemenea situație, se permite ca autobuzul sau autocarul care pleacă din Republica Moldova pentru a înlocui mijlocul de transport defectat sau accidentat din străinătate să se deplaseze în baza foi de parcurs INTERBUS, în care se face mențiunea „Pentru înlocuirea autocarului defectat (și numărul)”. Foaia de parcurs INTERBUS se eliberează în mod special de către Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor al R.M.<sup>13)</sup>

În situația transporturilor neliberalizate, este necesară eliberarea unei autorizații. Pentru obținerea autorizației, agentul transportator va înainta către Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor o cerere. Ministerul va examina cererea și, în caz de aprobare, o va trimite autorităților competente din alte state.

Problema practică care apare este că operatorii de transport moldoveni utilizează foile de parcurs INTERBUS și pentru rutele regulate, astfel încât transportul ocazional dobândește caracter de serviciu regulat, încălcându-se prevederile acordului INTERBUS<sup>14)</sup>. Mulți transportatori moldoveni, prin această modalitate, efectuează nelegal transportul de călători peste hotare.

<sup>13)</sup> De fiecare dată, foaia de parcurs INTERBUS în original se păstrează în autobuz sau în autocar pe tot parcursul călătoriei.

<sup>14)</sup> Problema dată a fost deseori ridicată la nivel de comisii interstatale. Însă de fiecare dată când este informată, partea moldovenească promite să intensifice controlul privind derularea serviciilor ocazionale, dar lucrurile rămân neschimbate. În acest sens, a se vedea pct. 3 al Protocolului Comisiei mixte dintre România și Republica Moldova în domeniul transportului rutier (Baia Mare, 26-27 ianuarie 2010), publicat pe site-ul oficial al Asociației Internaționale a Transportatorilor Auto din Republica Moldova (AITA), <http://aita.md/default.aspx> (vizitat 15 ianuarie 2011).

## 2. Problemele transportului rutier internațional de persoane din Republica Moldova

1. Cele mai multe conflicte din transportul auto de călători al Republicii Moldova iau naștere între Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor, pe de o parte, și agenții transportatori, pe de altă parte, în legătură cu eliberarea de către minister a autorizațiilor de deschidere a noilor rute (curse).

Potrivit pct. 17 din *Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje*, aprobat prin H.G. nr. 854/2006, rutele regulate sunt organizate pe baza analizei legăturilor economice și sociale dintre localități, luându-se în considerare frecvența deplasărilor populației, corelarea cu alte tipuri de transport și cu rutele de transport auto de pasageri aflate în funcțiune. Temeiul pentru organizarea transporturilor regulate de pasageri îl constituie analiza cerințelor populației, agenților economici, autorităților administrației publice, situației existente și a altor factori.

Pe de altă parte, la pct. 20 lit. (b) al aceluiași Regulament, se menționează că deschiderea rutei (cursei) noi este refuzată în cazul când pe ruta (cursa) solicitată sau pe alte rute în direcția respectivă, în orarul de circulație al cărora este inclusă localitatea dată, activează alt transportator, care satisface pe deplin cerințele populației în transporturi.

În practică, aceste două norme vin în conflict, deoarece organul de stat poate elibera autorizație de deschidere a rutei sau poate refuza eliberarea acesteia făcând trimitere, după caz, la pct. 17 sau la pct. 20 din Regulament, și fără a aduce careva explicații în acest sens. Acest fapt generează nemulțumiri din partea agenților transportatori. Ca exemplu, aducem un caz când reclamantul s-a adresat cu acțiune în judecată împotriva Ministerului Transporturilor și a invocat că ministerul a eliberat noi autorizații pe ruta Chișinău-București, dar nu a ținut cont de pct. 20 lit. (b) din Regulament și nu a luat în considerație faptul că în direcția respectivă sunt deschise deja curse cu itinerar asemănător, deservite de alți transportatori<sup>15)</sup>.

Instanța de judecată a respins argumentele reclamantului, motivând că „într-adevăr, în orarul de circulație Chișinău-București activează mai mulți transportatori, însă la ruta Chișinău (08:00) - București (08:00) nu activează niciun transport, iar intervalul dintre rute (curse) este de o oră și nu afectează activitatea transporturilor pe rutele existente în această direcție”<sup>16)</sup>.

În așa mod, modalitatea de eliberare a autorizațiilor de către minister creează o situație confuză pe piața transporturilor din Republica Moldova. Până în prezent nu au fost stabilite niște criterii clare de eliberare a acestor autorizații, iar normele din Regulament permit o interpretare largă, cu multe înțeleșuri.

Se ajunge la o situație paradoxală, ieșită din limitele concurenței loiale, când Ministerul Transporturilor eliberează încontinuu autorizații de deschidere a noilor rute naționale. În câștig sunt „micii afaceriști” care dețin, de regulă, un singur mijloc de transport (un microbuz) și desfășoară o activitate de scurtă durată, dar

<sup>15)</sup> Reclamantul consideră că rutele existente în prezent pe linia Chișinău - București (12 curse zilnic) satisfac pe deplin necesitățile populației privind deplasarea pe această direcție, capacitatea medie de îmbarcare fiind mai mică de 40%.

<sup>16)</sup> Decizia Colegiului civil și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție a R.M. din 27 octombrie 2010, dosarul nr. 3r-1818/10. Arhiva Judecătorei Centrul, mun. Chișinău.

profitabilă, pe când transportatorii de bază, cu investiții mari și de lungă durată în transport, activează în minus și abandonează afacerea (circulă cu doar 35-40% din numărul de pasageri)<sup>17)</sup>.

2. Un alt aspect important ține de procedura judecătorească, și anume că instanța de contencios administrativ nu este competentă să se pronunțe asupra oportunității actului administrativ cu privire la acordarea autorizației de deschiderea a noilor rute, ci este în drept de a se pronunța numai asupra legalității actului administrativ. Într-o decizie a sa, *Curtea Supremă de Justiție a R.M.* a menționat că instanțele judecătorești trebuie să respecte prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 793/2000 care prevede că *instanța de contencios administrativ nu este competentă să se pronunțe asupra oportunității actului administrativ și a operațiunilor administrative care au stat la baza emiterii acestuia, urmând a se pronunța exclusiv asupra legalității actului administrativ* [art. 26 alin. (2)]. Organul competent este Agenția Națională Transport Auto al Republicii Moldova și numai aceasta decide în privința curselor și a rutelor de transport auto de pasageri<sup>18)</sup>.

Cu alte cuvinte, reiese că toată competența în legătură cu noile rute care se deschid revine organului de resort (Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor al R.M. în componența căruia se află și Agenția Națională Transport Auto), iar instanțele judecătorești urmăresc doar respectarea parametrilor legali, dar nu și a celorlalți factori care determină eliberarea autorizațiilor, cum sunt interesele personale sau de grup, faptul că pe ruta respectivă există și alți transportatori, fluxul redus de pasageri ș.a.<sup>19)</sup>

3. Din nefericire, biletele la transportul auto regulat internațional de călători în Republica Moldova se vând potrivit vechiului sistem sovietic, prin completarea blancurilor de bilete din hârtie cu stiloul<sup>20)</sup>. Procedura respectivă a devenit de acum ridicolă și ineficientă: contabilul întreprinderii merge săptămânal la Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor, preia sub semnătură blancurile de bilete, iar la vânzarea lor, le completează cu stiloul. Dacă se comit erori cu ocazia completării unui bilet, acesta este declarat nevalabil și se restituie ministerului, sub titlul de „anulat”.

Într-adevăr, sistemul respectiv de comercializare a билетelor auto la rutele regulate internaționale de călători a devenit unul vechi și desuet. În același

<sup>17)</sup> Activitatea transportului ilicit de călători a luat o amploare care poate duce la distrugerea sistemului de rute regulate și falimentarea transportatorilor ce activează legal. În ultimii ani au fost deschise o sumedenie de rute regulate, iar la deschiderea lor nu se ține cont de fluxul de călători din regiunea respectivă.

<sup>18)</sup> Decizia Colegiului civil și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție a R.M. din 24 noiembrie 2010, dosarul nr. 3r-1761/10. Arhiva Judecătorei Botanica, mun. Chișinău.

<sup>19)</sup> Însă aici apare întrebarea: dacă organul de stat comite abuz, dar respectând limitele legii, cum poate micul întreprinzător să-și apere drepturile și interesele legitime? Or, așa cum am subliniat, instanța de judecată în cazul dat nu are nicio treabă. Prin urmare, se menține riscul evident de distrugere în viitorul apropiat a sistemului de transport de călători în plan național.

<sup>20)</sup> I. Mihalache, *Problemele transportului auto regulat internațional de călători și bagaje în Republica Moldova*, publicat în Rezumatele comunicărilor la Conferința științifică internațională „Creșterea impactului cercetării și dezvoltarea capacității de inovare”, consacrată aniversării a 65-a a USM, din 21-22 septembrie 2011, vol. I, Chișinău: CEP USM, 2011, p. 203.

timp, din partea ministerului nu există interes de a promova biletele electronice, deoarece blaturile sus-menționate sunt cumpărate de către transportatori, astfel încât ministerul are și un câștig important din comercializarea acestora. Un alt factor este lipsa persoanelor competente, care ar putea realiza schimbările respective. În prezent, Republica Moldova nu dispune de cadre bine pregătite pentru a lucra la asemenea nivel.

Problema majoră este că transportatorii moldoveni, care efectuează rute regulate de călători în Uniunea Europeană, întâmpină mari dificultăți. În tot spațiul european, biletele de călători se comercializează în format electronic, pe când în Republica Moldova, comercializarea acestora se face prin bilete din hârtie, scrise cu stiloul. În așa mod, sistemul moldovenesc de vânzare a biletelor devine ridicol în plan internațional.

Ca model de schimbare ar putea servi comercializarea biletelor electronice din transportul aerian. Actualmente, toate companiile aeriene, inclusiv cele din Republica Moldova, vând bilete electronice la avion. Vânzările se efectuează prin intermediul unei baze de date specializate (Amadeus și, mai nou, Gabriel) la care au acces companiile aeriene și agențiile turistice. Călătorii pot cumpăra biletul la avion prin Internet sau prin telefon mobil. Achitarea se face prin transfer bancar sau prin numerar. Biletul este primit după efectuarea plății, prin e-mail, fax, telefon mobil sau la ghișeul agenției de vânzări. Numele călătorului este înscris în sistemul computerizat de vânzare a biletelor, astfel încât la îmbarcare nu mai este necesară prezentarea biletului.

4. Poate cele mai mari „dureri de cap” ale agenților economici din Republica Moldova (inclusiv celor din transport) le generează controalele sistematice din partea organelor de stat (Inspectoratul Fiscal Principal de Stat, Serviciul Standardizare și Metrologie, Inspekția Muncii etc.). Practica ne dovedește că scopul în sine al acestor controale constă în depistarea „cu orice preț” a neajunsurilor și aplicarea amenzi<sup>21)</sup>.

<sup>21)</sup> În planul susținerii activității de întreprinzător, sistemul actual de control din partea organelor de stat se dovedește a fi imperfect și ineficient, deoarece destabilizează activitatea agentului economic, generează emoții negative, dezordine sub toate aspectele, tergiversează gestionarea afacerii și inhibă unele inițiative de succes ale întreprinzătorilor.

# STATE PROPERTY MANAGEMENT IN BULGARIA

Chief Assistant Prof. PhD Milena KARADZHOVA\*  
New Bulgarian University

## § State property management in Bulgaria

### Abstract:

*The present paper looks at the issues surrounding state property management in Bulgaria. Former socialist countries have been facing a number of difficulties for the past 25 years. On the one hand reduction of state property has been accompanied by an inability to fully implement a comprehensive state social policy in the manner and in the volume characteristic of the socialist period. On the other hand state property and the issues around its maintenance, management and administration are an ongoing source of corrupt practices. There are a number of trends in the area of public property management in Bulgaria during this period. This paper focuses on two of them: 1) **the process of privatization** dominating the twentieth century 90s, rooted in the transformations taking place in post socialist Bulgaria but at the same time related to global trends, and 2) **legislative trends in state property management in Bulgaria** from 1996 to present*

**Keywords:** public property, state property, property management, privatization.

### 1. Notes on the privatization of property in Bulgaria

Public property management in Bulgaria in the years succeeding 1989 has been facing a number of issues of statutory and administrative nature alike. State property was established nationwide during the socialist period (September 1944 - November 1989) and spread on a wide range of property -- from national sites, through nationalized and expropriated property to municipal property, which is why Bulgarian society was found so unprepared for ownership transformation. Distinction between state and municipal property, determination of the size and type of state property and its management were all carried out sporadically, often chaotically and without a prior comprehensive, in-depth analysis of the nature of public property and the purpose of its existence.

Public property is by Constitution state and municipal. This definition has been asserted in subsequent express laws. *State property* falls into two categories -- state

---

\* E-mail: mkaradjova@nbu.bg.

property and private state property. Under the Constitution of the Republic of Bulgaria, *exclusive state property*, being a distinct subcategory of state property, includes subterranean riches, beach strips, national roads and water resources, forests and parks of national importance, natural and archaeological reserves stipulated by statute<sup>1)</sup>. *Public property* in turn includes property of national importance designated for lasting satisfaction of social needs by common use and for the benefit of the public; further it includes immovables granted to state authorities for performance of their functions as well as property defined as public property by the statute or by regulations of the Council of Ministers<sup>2)</sup>. Private state-owned property includes all other state immovables and chattels. Property which is exclusively owned by the state or is public-state in nature can not be sold, alienated or encumbered with title thereon. Privately owned property can participate in civil turnover without limitation. In the twentieth century 90<sup>s</sup> the efforts of politicians and administration were aimed at privatization of privately owned property. Some of the main problems that accompanied privatization processes in the country were lack of a clear-cut distinction between state and municipal property (the State Property Act and the Municipal Property Act, which gave this distinction were adopted only in 1996), restitution, politicization of administration and corruption processes, to name a few. *Privatization* is one of the main management mechanisms of state ownership in Bulgaria in the 20<sup>th</sup> century nineties and early 21<sup>st</sup> century. It should be noted that the term „management” is provisionally used here and should not be confused with its legal meaning. Needless to say, this is no property management per se, but management which provides for exemption of public property from public authorities to be handed down to the private sector.

The outset of public reforms in Bulgaria during this period coincided with the emergence of a new approach to public property -- the New Public Management (NPM) theory which denied the need for a large public property sector. NPM advocated a reduced role for the state in community activities and services and matters of common concern; instead the state was expected to encourage the presence of the private sector in the implementation of such activities and in asset ownership, too. In short its proponents argued that everything should be privatized. But whereas such an approach was justifiable for Western Europe, New Zealand or the United States which were prepared to embrace it, this did not apply for countries with half a century tradition in political and administrative property management.

New Public Management policies were implemented through privatization, concession or through public procurement procedures. National legislation and international treaties and agreements were employed to create a legal framework and an enabling environment for these social relations. Measures were aiming to release both state and municipality from the commitment to produce or supply goods or services themselves. Goods and services are to be provided by businesses whereas the public sector is responsible to recognize public needs, decide on the form through

<sup>1)</sup> Art. 18 of the Constitution of the Republic of Bulgaria, Prom. SG 56/1991, the last recorded. amend. SG 12/2007.

<sup>2)</sup> Art. 2 of the State Property Act, Prom. SG 44/1996, the last recorded amend. SG 105/2014.



which it is to be satisfied, determine the best quality and price, the service provider while it keeps the control powers in its provision. The doctrine assumed that releasing administration of business burdens which were extrinsic to its nature was *pragmatically* justifiable as it would achieve better governance, and that better public resource management would lead to their more efficient allocation.

Manipulative accounting, aiming to conceal the gap between revenues and expenditures, together with a tendency to resort to loans to cover the difference accompanied by a constant concern about the lack of lenders willing to support losing state enterprises not only proved ineffective but ignited strong criticism on behalf of the businesses towards bureaucracy while stimulating political apathy in the other walks of life. Logically, privatization, public procurement and concessions have become a favourite and hence a politically and legally supported solution to these problems. These processes were accompanied by the creation of an entirely new legislative framework. The majority of legislative proposals were initiated either by interested business circles or by a public administration which had limited administrative capacity to handle it at the time. This trend, however, can by no means be defined as a national phenomenon as examples of unsuccessful practices in administration and legislation abound throughout Europe. The latter is evidenced in various acts of European institutions. For example, the Fifteenth Report of the EC Commission on „Better law-making”<sup>3)</sup> focuses on three key areas in the legislative process: quality of regulations improvement, impact assessment, and reduction of administrative burdens. In terms of improving the quality of lawmaking (institutional and procedural comments) the focus comes on simplification and codification of European law<sup>4)</sup> (43). As a barrier against excessive legislation the TFEU<sup>5)</sup> contains and express provision advising that when considering draft legislative acts, the European Parliament and the Council shall refrain from adopting acts not provided for by the relevant legislative procedure in the area in question (45). It strongly advises a restricted use of non-binding legal acts (47). European Parliament resolution on EU Regulatory Fitness and Subsidiarity and Proportionality, 19th report on „Better Lawmaking” for 2011<sup>6)</sup>, reiterates that EU legislation should be „simple, effective and efficient, should offer clear added value and should be easy to understand ... and offer comprehensive benefits at minimum cost „. A logical conclusion was arrived at stating that economic crisis has increased its pressure on national administration resources, which calls for a clear European legislation - an easy and sustainable degree of transposition of the EUacquis (1).

Several documents deserve attention when outlining the privatization process in terms of legislation. In 1992 Bulgaria adopted the Transformation and Privatization of State-owned Enterprises Act (known as the Privatization Act), which provided for a considerable part of the state and municipal enterprises’ property to be

<sup>3)</sup> 15<sup>th</sup> report on Better Lawmaking-- Report from the Commission on subsidiarity and proportionality pursuant to art. 9 Protocol.

<sup>4)</sup> See item 5 of the third progress report on the strategy for simplifying the regulatory environment (COM (2009) 0017).

<sup>5)</sup> Article 296, paragraph 3 of the TFEU.

<sup>6)</sup> February 8, 2014 (2013/2077 (INI)).

distributed in shares (pursuant to the provisions of the Commercial Law) and offered for privatization. A Privatization Agency was founded as a state authority to the Council of Ministers, which was responsible to organize and control the privatization of state enterprises. As far as municipal enterprises were concerned, Bulgarian legislation provided for municipal councils to establish structures to organize and control activities on municipal level. Privatization itself was based on Privatization Programs and strategies. In 2002 the Privatization Act was repealed by the *Privatization and Post Privatisation Control Act (PPCA)*<sup>7)</sup>. The author of the bill justified the proposed repeal of the old law and the adoption of a new one with the need for accelerated implementation of the privatization process and its successful finalization. The proposed act regulated privatization in a different way, in so far as related operations were planned so as to be carried out at maximum speed and publicity. The Act provided that all public companies were subject to privatization, apart from companies included in an express list endorsed by the National Assembly. The President exercised his right to impose a presidential veto on the Act and referred it back to Parliament. In its reasoning behind the veto the President stated that the law violated the established legislative balance which narrowed the regulation on the level of the Statute in favour for regulations adopted by the executive power in the face of the Council of Ministers. Further the president objected to the fact that the new version knocked out the investment vouchers system and insisted that the National Assembly reconsidered its decision.

Today, in 2015, the New Public Management is considered outdated. Its authors and active supporters failed in their attempts to implement privatization transactions of paramount importance to the state (e.g. the failed sale of the German State Railways) or nationalize sectors that were privatized in the 20<sup>th</sup> century 90s (e.g. the Health sector in New Zealand). Bulgaria, however, perhaps similar to other countries of the former socialist camp, has privatized much of its state-owned enterprises including ones of major structural importance. In the years to come this fact will influence trends in state management as a whole and state property management in particular.

## **2. Notes on legislative trends in the management of state property in Bulgaria from 1996 to present**

It could be said that, since the beginning of the XXI century and particularly in recent years, the process of managing public state property in Bulgaria is witnessing stability and indicators show positive trends. This is evidenced by: improvements of the provisions of the State Property Act; ban on substituting lands of the state forest fund; litigations uniformly asserting the application and interpretation of legal provisions through decisions of the Supreme Administrative Court and the Supreme Court of Cassation.

State property is regulated by the State Property Act (SPA). Management and administration of state property is carried out under the methodological guidance of the Minister of Regional Development and Public Works, and movable state property

---

<sup>7)</sup> Prom. SG 28/2002, last. amend. SG 14/2015.

- of the Minister of Finance. The statute requires for state property to be managed in accordance with its intended use, whether real or personal, and according to the needs for which it was granted. Persons who have been granted such properties have to use them with due care and diligence. Specifically, management of state-owned sites, real property and chattels includes the right of the respective budget-funded entities to possess, use and maintain on behalf of the state, and incur their own expenses and liabilities.

These rights of budget-funded entities extend to the locus standi in lawsuit with regard of defence of property rights. As stated in the Supreme Court of Cassation (SCC)<sup>8)</sup> practice, when granted management rights of a property, the public body exercising the title in state property is a procedural substituent<sup>9)</sup> of the state in the form of procedural subrogation, and it can defend this right and the effects of being deprived of the right to use a property through action and claims brought or filed on their own behalf<sup>10)</sup>.

Property which is public state property may not be used for purposes other than the intended ones and may not be provided to third parties unless expressly provided otherwise by law. According to Art. 18, Para. 1 of the SPA the regional governor at the location of the property (public property) has the right to manage it<sup>11)</sup>. Where state property is used inappropriately, it is subject to seizure. Article 80 of the SPA provides for an opportunity for seizure of state property that is not managed in good faith. Forcible seizure of state property can be implemented through special administrative proceedings whereby property possessed or held on no grounds, used not according to its designation or where the need of using it has dropped out shall be expropriated on the grounds of an order of the regional governor.

Several conditions constitute sufficient grounds for a seizure order under Article 80, paragraph 1 of SPA. Firstly, the property needs to be state property, and secondly, it shall

<sup>8)</sup> Decision no. 6 of 2011, civil case 833/2009, IVCivil Division.

<sup>9)</sup> sub-stituo (Lat) - to substitute. Apart from the typical legal standing, Bulgarian law recognizes the so called exceptional locus standi or procedural substitution whereby the right to procedural legitimation (i. e. the right to participate as a party in civil proceedings, including to bring an action or file a claim) is, by way of exception, vested with a party which is neither the bearer of the contested right nor the bearer of a right incurred by the contested right. The bearer of this exceptional entitlement to bring an action is called the *procedural substituent*.

<sup>10)</sup> The Civil Procedure Code (CPC) in force until 2007 provided that in disputes before the court for cases relating to property - state property on the territory of the country, the state is represented by the Minister of Regional Development and Public Works (Art. 18 para. 4 CPC revoked.). This implied an obligation for the court to summon the Minister of Regional Development, Minister of Agriculture, and others in their capacity as representatives of the State authority to act as a controlling party in the litigation. When the new Code of 2007 came into force, the institute of the controlling party was abolished; it can be construed that the state is bound by the procedural steps of the entities to whom the disputed property has been granted, even though it does not have formal representation as controlling party in the lawsuit.

<sup>11)</sup> According to the Territorial Administration of the Republic of Bulgaria Act, territorial administration units are the *regions* and the *municipalities* (art. 2, para. 1). The region consists of one or more adjacent/neighbouring municipalities (Art. 4, para. 1). The head of the region is the *regional governor*, who is appointed by the Council of Ministers and is responsible for the protection and preservation of state property in the region pursuant to the Administration Act (Art. 31, para. 1, item 3)

not be used or held on no grounds, or used not according to its designation or the need of using it has dropped out. It also provides for a special case of expropriation of state property upon the order of the governor in cases where any of the prerequisites of that rule is fulfilled. The task of proving that the property is state property lies with the administrative authority (art. 170, Para. 1 of the Administrative Code - „The administrative authority and the persons whereto the contested administrative act is favourable must establish the existence of grounds of fact specified in the said act and the fulfilment of the legal requirements upon the issuance thereof.”<sup>12)</sup>

In conclusion, it could be summed up that there is a significant reduction in the volume of state property in Bulgaria as a result of privatization of urban and industrial properties, restitution and separation of municipal public property. The state continues to hold a good share of agricultural land and forests. On the one hand, reduction of this property has a positive effect on reducing corruption practices. On the other hand, the privatization of a significant part of the manufacturing sites and their servicing property brings the state to face significant difficulties in the implementation of basic social activities such as the privatization of electricity distribution companies. At the same time, the improvement of legislative framework on the management of state property and the expansion of procedural powers to state authorities which have been granted the management of publicly owned property leads to a more efficient management.

## § Bibliography:

Constitution of the Republic of Bulgaria

Administrative Code

Civil Procedure Code

Municipal Property Act

Privatisation and PostPrivatisation Control Act

State Property Act

Transformation and Privatization of State-owned Enterprises Act

Decision no. 6 of 2011, civil case 833/2009, IVCivil Division

15<sup>th</sup> report on Better Lawmaking - Report from the Commission on subsidiarity and proportionality pursuant

---

<sup>12)</sup> Decision no. 11528 of 16.9.2013, SAC on adm. case 11523/2012.

# DESPRE VICIUL DE CONSIMȚĂMÂNT AL ERORII

*Prof. univ. dr. Eugen CHELARU  
Facultatea de Drept și Științe Administrative  
Universitatea din Pitești*

## § On the consent vice of error

### **Abstract:**

*The regulating of error as a vice of consent represents one of the consequences produced by the principle of inner will priority, which animates the matter of the contract. Therefore, some considerations on consent are inevitable and are to be found in our study.*

*The new Civil Code regulates the following forms of error: error on the nature or object of the contract; error on the identity of the performance object; error on certain substantial qualities of the performance object, error on a person's identity or on his/her quality and the error of law. Error is a vice of consent only if it is essential, decisive, excusable, unassumed and invoked in good faith. At the same time, the party other than the victim must have known or should have known that the fact which bore the error was essential to the conclusion of the contract.*

*The sanction of error is represented by the annulment of the act. However, the legislator has also regulated a legal mechanism to adjust the contract so that, under certain conditions, this destructive sanction could be avoided.*

**Keywords:** contract, inner will, consent, vice of consent, error, contract adjustment, annulment.

## **1. Preliminarii**

Deși reglementează consimțământul, alături de celelalte condiții esențiale ale contractului, Codul civil nu-l definește. El ne oferă însă elementele necesare pentru înțelegerea acestui concept și o face chiar în art. 1178, potrivit căruia „Contractul se încheie prin simplul acord de voințe al părților, dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă.” Consacrând astfel principiul libertății formei contractului legiuitorul ne spune, în același timp, că acest act juridic este rezultatul consimțământului la care au ajuns părțile.

Apoi art. 1.182 alin. (1) C. civ. ne spune despre contract că se încheie prin negocierea lui de către părți sau prin acceptarea fără rezerve a unei oferte de a contracta, ceea ce ne duce cu gândul la ideea că acesta este rezultatul unui acord la care părțile au ajuns cu privire la încheierea unui asemenea act juridic și a conținutului său. De altfel, alin. (2) al textului de lege citat se referă expres la „acordul” la care trebuie să ajungă părțile.

Și mai clar, art. 1.204 C. civ. se referă expres la „consimțământul părților”.

Din textele de lege citate, cărora li se adaugă cele consacrate încheierii contractului (am citat numai unul dintre acestea), ajungem la concluzia că legiuitorul folosește termenul de „consimțământ” în sensul de acord de voințe, ceea ce este esența actului juridic bilateral. Acest înțeles este și cel sugerat de etiologia termenului analizat, care provine din latinescul *cum sentire*.

Dacă este vorba despre un acord de voințe este imperios necesar ca fiecare parte să cunoască la ce anume a consimțit cealaltă parte (care este conținutul voinței acesteia), ceea ce nu este posibil decât în cazul exteriorizării acestei voințe. Ideea expusă nu este doar implicită, ci este și menționată expres de art. 1.204 C. civ., care, reglementând condițiile consimțământului, ne spune că acesta trebuie să fie „exprimat în cunoștință de cauză”.

Reținem deocamdată doar necesitatea exprimării consimțământului, ca o condiție a valabilității sale.

Aceasta este una din explicațiile afirmațiilor conform cărora consimțământul este voința manifestată în sens juridic<sup>1)</sup>, iar forma sa exterioară măsoară distanța dintre voință ca manifestare psihologică și voința exprimată juridic<sup>2)</sup>.

Dezvoltând aceste idei, unul din autorii citați susține că dreptul nu se ocupă de fenomenele psihologice, de modalitatea lor de formare, ci doar de efectele juridice ale voinței exprimate<sup>3)</sup>. Afirmatia sa este însă hazardată, pentru că unul dintre principiile voinței juridice este cel al voinței interne, iar viciile de consimțământ se referă la alterarea consimțământului chiar în procesul său de formare, deci înainte de a fi exteriorizat. Desigur, consimțământul neexteriorizat nu are nicio relevanță juridică, dar odată ce a fost exteriorizat și i se pune în discuție valabilitatea, are loc un proces de reconstituire a procesului formării sale, ceea ce implică, în mod inevitabil, luarea în considerare a aspectelor psihologice relevante.

De altfel, chiar autorul citat revine asupra ideii enunțate mai sus atunci când analizează principiul în discuție și afirmă că „această voință internă este esența volitivă a convenției, căreia consimțământul ar trebui să-i confere doar înfățișarea externă.”<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> P. Vasilescu în *Introducere în dreptul civil*, de I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, Ed. Hama-giu, București, 2013, p. 479.

<sup>2)</sup> M.A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats*, în RTD civ. nr. 3/1995, p. 572.

<sup>3)</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 479.

<sup>4)</sup> *Idem*, *op. cit.* p. 484. În continuare autorul citat afirmă însă că în practică prevederile art. 1.266 alin. (1) C. civ., potrivit cărora la interpretarea contractului trebuie să se țină cont de voința concordantă a părților, iar nu de sensul literal al termenilor, care constituie unul din fundamentele principiului voinței interne, sunt „contrabalansate” de art. 309 alin. (2) C. civ., care interzice atât dovada cu martori a actelor juridice al căror obiect are o valoare mai mare de 250 lei, cât și proba cu martori împotriva sau peste ceea ce cuprinde un înscris.

Potrivit art. 1.204 C. civ., la care ne-am mai referit, pentru a fi valabil, „consimțământul părților trebuie să fie serios, liber și exprimat în cunoștință de cauză”.

Pentru studiul nostru prezintă interes ultimele două condiții, care nu sunt decât două fațete ale aceleiași realități.

Libertatea consimțământului se caracterizează prin absența oricărei constrângeri care ar putea-o determina pe o persoană să-și dea acordul la încheierea unui act juridic civil sau să consimtă la un anumit conținut al clauzelor acestuia. *Per a contrario*, consimțământul nu va fi liber dacă a fost smuls sau „modelat” de voința altuia, situație în care el va fi alterat de viciul violenței.

Caracterul conștient al consimțământului presupune existența unei reprezentări corecte a contextului în care urmează să fie încheiat contractul și a semnificației clauzelor acestuia. Acest caracter va fi și el alterat dacă partea care și-a dat acordul a fost în eroare asupra unor împrejurări esențiale și determinante pentru încheierea contractului sau dacă a fost indusă în eroare. În primul caz vom fi în prezența viciului de consimțământ al erorii, iar în cel de al doilea, al dolului.

Dar un consimțământ care nu este exprimat în cunoștință de cauză nu este nici liber! Într-adevăr, numai un consimțământ care este rezultatul unei deliberări efectuate în cunoștință de cauză este și liber, așa că menționarea de legiuitor a caracterului conștient al consimțământului pare a fi inutilă. Menționarea în lege a caracterului conștient al consimțământului, alături de cel liber, se justifică însă pentru situațiile în care o persoană, deși capabilă, se află, fie și vremelnic, într-o stare care o pune în neputință de a-și da seama de urmările faptei sale, care sunt reglementate de art. 1.205 C. civ. Este adevărat că, potrivit textului de lege citat, în aceste situații anularea actului va putea fi cerută pentru lipsa discernământului, dar nu se poate nega că un consimțământ exprimat în absența discernământului nu este nici conștient.

În același timp, reglementările din care se deduce existența principiului voinței interne (reale), mai sus citate, dar îndeosebi cele consacrate viciilor de consimțământ, ne relevă un al doilea înțeles al noțiunii de „consimțământ”, și anume acela de acord dat de una dintre părți la încheierea contractului. Și mai manifest este acest înțeles în cazul actului juridic unilateral, care ia naștere doar prin voința autorului său<sup>5)</sup>. Problematika actului juridic unilateral depășește însă limitele studiului nostru.

De aceea am preferat să spunem despre consimțământ că *este condiția de fond, esențială și generală a actului juridic civil, care constă în exteriorizarea hotărârii de a încheia un anumit act juridic*<sup>6)</sup>.

---

În opinia noastră observațiile autorului citat au meritul de a evidenția preocuparea legiuitorului pentru temperarea principiului preeminenței voinței interne, a cărui aplicare nelimitată ar putea lesne conduce la insecuritate juridică, dar nu pot fundamenta ideea că legiuitorul doar proclamă acest principiu, pentru ca apoi să-l anihileze. Dificultățile probatorii ale conținutului voinței interne, semnalate de acest autor nu pot constitui un argument pentru înlăturarea principiului enunțat, mai ales că, așa cum vom arăta în continuare, pentru dovedirea viciilor de consimțământ este permis orice mijloc de probă. Or, aceste vicii afectează însuși procesul psihologic de formare a voinței interne, iar reglementarea lor este una din consecințele recunoașterii principiului preeminenței acestei voințe.

<sup>5)</sup> Reamintim că art. 1325 C. civ. a instituit regula conform căreia dispozițiile legale privitoare la contracte se aplică în mod corespunzător actelor unilaterale.

<sup>6)</sup> A se vedea E. Chelaru, *Teoria generală a dreptului civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 110.

## 2. Viciile de consimțământ

*Viciile de consimțământ sunt acele împrejurări care afectează caracterul liber și conștient al voinței uneia din părțile contractului<sup>7)</sup>.*

Împrejurările menționate pot avea cauze interne sau externe.

Astfel, în cazul erorii, afectarea caracterul liber și conștient al voinței se concretizează într-o falsă reprezentare a realității și are o cauză internă, care apare în procesul de evaluare a circumstanțelor relevante pentru încheierea contractului. În cazul dolului, care este o eroare provocată, cauza alterării voinței este de natură externă, constând în manoperele dolozive exercitate asupra victimei. La fel stau lucrurile și în cazul violenței, numai că aceasta afectează doar caracterul liber, nu și pe cel conștient al voinței.

Deoarece împrejurările respective afectează nu numai consimțământul, ci și cauza contractului, în doctrină s-a arătat că mai potrivit ar fi fost ca acestea să fie denumite „vicii ale voinței.”<sup>8)</sup>

În cazul oricăruia dintre cele trei vicii, consimțământul există, dar este alterat în așa măsură încât legiuitorul consideră că nu este valabil.

În pofida formulării art. 1.204 C. civ., potrivit căruia consimțământul părților trebuie să fie liber și exprimat în cunoștință de cauză, analiza reglementărilor consacrate viciilor de consimțământ (și ne rezumăm aici la eroare) ne conduce la concluzia că, în realitate, este suficient ca voința unei singure părți să fi fost alterată, pentru a se ajunge la anularea contractului. Altfel spus, în materia viciilor de consimțământ trebuie să avem în vedere cel de al doilea sens al noțiunii de consimțământ, respectiv de acord dat de una dintre părți la încheierea contractului.

De altfel, fără a nega în mod absolut posibilitatea ca ambele părți să se afle în eroare asupra aceiași împrejurări (de exemplu, în cazul erorii de drept), nu putem să nu remarcăm faptul că, de cele mai multe ori, acest lucru este imposibil. De exemplu, în cazul unui contract *intuitu personae*, numai una dintre părți poate fi în eroare cu privire la calitățile celui cu care a contractat.

Legea [art. 1.207 alin. (1) C. civ.] nici nu cere ca ambele părți să fie în eroare, pentru a se putea obține anularea contractului, fiind suficient ca cealaltă parte să fi știut, sau să fi trebuit să știe, că faptul asupra căruia a purtat eroarea era esențial pentru încheierea contractului.

## 3. Noțiunea și condițiile erorii - viciu de consimțământ

*Eroarea este viciul de consimțământ care constă în reprezentarea falsă a realității cu prilejul încheierii unui act juridic civil<sup>9)</sup>.*

Eroarea afectează caracterul conștient și liber al consimțământului deoarece victima apreciază greșit circumstanțe care, din punctul său de vedere, sunt esențiale

<sup>7)</sup> În sens similar, a se vedea G. Boroș, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 141.

<sup>8)</sup> G. Boroș, C.A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 141.

<sup>9)</sup> Despre eroare s-a mai spus că este discrepanța inconștientă între reprezentarea celui ce acționează și realitate și că ea se deosebește de ignoranță, deoarece aceasta din urmă constă în faptul de a nu avea nicio idee despre lucru. A se vedea O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 207.



pentru încheierea contractului. Rezultatul este fie încheierea unui alt act juridic decât cel urmărit de victimă, fie inserarea în cuprinsul acestuia a unor clauze nedorite de ea. Cum s-a spus, în cazul erorii există o discordanță între voința internă și voința declarată<sup>10)</sup>.

După cum rezultă din definiția erorii, acest viciu de consimțământ are un caracter spontan, nici cealaltă parte a actului juridic și nicio altă persoană neavând vreo contribuție la instalarea sa în mintea victimei.

Eroarea este reglementată de prevederile art. 1.207-1.213 C. civ., din care rezultă că pentru a fi un viciu de consimțământ sancționabil potrivit legii eroarea trebuie să fie esențială, determinantă, scuzabilă și neasumată.

Articolul 1.207 alin. (2) prezintă analitic cazurile în care eroarea este esențială, după cum urmează:

„(2) Eroarea este esențială:

1. când poartă asupra naturii sau obiectului contractului;
2. când poartă asupra identității obiectului prestației sau asupra unei calități a acestuia ori asupra unei alte împrejurări considerate esențiale de către părți în absența căreia contractul nu s-ar fi încheiat;
3. când poartă asupra identității persoanei sau asupra unei calități a acesteia în absența căreia contractul nu s-ar fi încheiat.”

Și pentru ca lucrurile să fie cât se poate de clare, alin. (4) al textului de lege citat ne spune că eroarea care privește simplele motive ale contractului nu este esențială. Se exceptează însă cazurile în care prin voința părților asemenea motive au fost considerate hotărâtoare.

Înțelegem astfel că numai eroarea care poartă asupra unor elemente care au fost hotărâtoare (determinante) pentru încheierea contractului este viciu de consimțământ. Orice altă eroare este indiferentă, în sensul că nu poate afecta valabilitatea consimțământului și, prin aceasta, valabilitatea contractului.

Articolul 1.207 alin. (2) C. civ. conține și o primă clasificare a erorii-viciu de consimțământ: eroare asupra naturii sau obiectului contractului; eroare asupra identității obiectului prestației; eroare asupra unor calități substanțiale ale obiectului prestației și eroare asupra identității persoanei sau asupra unei calități a acesteia (*error in personam*).

a) Eroarea asupra naturii sau obiectului contractului (*error in negotio*) există atunci când o parte crede că participă la încheierea unui anumit contract, iar cealaltă consideră că sa încheiat uncontract prin care se realizează o operațiune juridică diferită. Această interpretare este conformă prevederilor art. 1.225 C. civ., care dispune că obiectul contractului este „operațiunea juridică, precum vânzarea, locațiunea, împrumutul și altele asemenea, convenită de părți, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor contractuale.”

De exemplu, una din părți crede că participă la încheierea unui contract de întreținere, iar în realitate este vorba despre un contract de vânzare.

Legiuitorul nu s-a mulțumit însă să se refere numai la obiectul contractului, ci și la natura acestuia. Suntem oare în prezența unor elemente diferite asupra cărora poartă eroarea: obiectul contractului și natura contractului?

<sup>10)</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil. Obligations*, Ed. Cujas, Paris, 1998, p. 239.

Cu siguranță nu, pentru că legiuitorul a enunțat ambele noțiuni în aceeași propoziție și a folosit conjuncția „sau” (eroarea este esențială „când poartă asupra naturii sau obiectului contractului”), iar nu conjuncția „și” (situație în care textul ar fi fost redactat astfel „Eroarea este esențială ... când poartă asupra naturii și obiectului contractului”), ceea ce ar fi atras și un caracter cumulativ (numai eroarea care poartă atât asupra naturii, cât și asupra obiectului contractului, ar fi fost esențială).

Suntem astfel în prezența unui singur caz de eroare esențială, exprimat în două moduri<sup>11)</sup>.

Nu este însă mai puțin adevărat că formularea legiuitorului poate fi derutantă, pentru că referirea la natura contractului trimite la clasificarea contractelor.

În exemplul nostru, una din părți crede că participă la încheierea unui contract aleatoriu și așteaptă să i se presteze întreținere, deși contractul încheiat este unul comutativ. În acest caz, referirea atât la natura sau obiectul contractului este lămuritoare. Dacă însă contractul încheiat a fost comutativ, așa cum au dorit ambele părți, dar obiectul avut în vedere de fiecare din ele este diferit (de exemplu, victima erorii crede că a încheiat un contract de vânzare cu plata în rate, deși contractul este de locațiune) referirea alternativă la natura sau obiectul contractului nu ne mai conduce în același loc.

De aceea, credem că textul art. 1.207 alin. (2), pct. 1 C. civ. ar fi câștigat în claritate dacă ar fi menționat, ca element asupra căruia poartă eroarea, doar obiectul contractului.

Analiza textului de lege citat ne relevă în același timp că este viciat numai consimțământul uneia dintre părți, iar nu consimțământul ambelor, așa cum sugerează prevederile art. 1.204 C. civ.

**b)** Potrivit art. 1.225 alin. (1) C. civ., „Obiectul obligației este prestația la care se angajează debitorul.” Rezultă că eroarea asupra identității obiectului prestației (*error in corpore*) există, în primul rând, atunci când prestația se referă la un bun, ca obiect exterior al contractului, iar victima crede că urmează să primească sau să transmită un alt bun decât cel prevăzut în contract.

Deși legiuitorul se referă expres la eroarea care „poartă asupra identității obiectului prestației” credem că, pentru identitate de rațiune, este viciu de consimțământ și eroarea asupra prestației înseși (când aceasta constă în a face).

În vechea reglementare, conținută de Codul civil din anul 1864, exista confuzie între obiectul contractului și obiectul prestației. Ca urmare, se considera că eroarea asupra oricăroră dintre aceste două elemente este subsumată noțiunii de *error in corpore*, în timp ce *error in negotio* purta doar asupra naturii contractului. În același timp, oricare dintre aceste două forme ale erorii (*error in negotio* și *error in corpore*) nu conducea doar la vicierea consimțământului. Se considera că în acest caz însuși consimțământul lipsește, deoarece manifestările de voință ale părților nu s-au întâlnit, motiv pentru care în oricare din cele două cazuri era vorba despre o eroare-obstacol (numită și distructivă de voință), sancționabilă cu nulitatea absolută a actului juridic<sup>12)</sup>.

<sup>11)</sup> C. Zamșa în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 1345-1346.

<sup>12)</sup> A se vedea Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a XI-a revăzută și adăugită de M. Nicolae, P. Trușcă, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 152.

Un asemenea raționament este însă posibil numai dacă sunt supuse verificării calitățile consimțământului privit în înțelesul său de acord de voințe, nu și atunci când avem în vedere consimțământul fiecărei părți la încheierea contractului.

Reglementarea actuală este rodul unei schimbări de concepție, prevăzând că atât eroarea asupra obiectului contractului, cât și eroarea asupra obiectului identității obiectului prestației sunt forme ale erorii esențiale, care conduc doar la vicierea consimțământului.

c) Eroarea asupra unor calități substanțiale ale obiectului prestației (*error in substantiam*) este, în primul rând, aceea care poartă asupra substanței din care este confecționat bunul care face obiectul prestației sau asupra calităților sale fizico-chimice.

Calitățile substanțiale ale obiectului au însă un caracter subiectiv, în sensul că ele sunt calitățile determinante pe care victima erorii le-a avut în vedere pentru contraprestația datorată de cealaltă parte a contractului. De aceea ele nu se rezumă la aspectele fizico-chimice menționate mai sus, ci pot privi și alte însușiri ale obiectului prestației, care au fost determinante pentru partea care invocă eroarea. Spre exemplu, în cazul unui tablou atribuit unui pictor celebru nu valoarea pânzei pe care a fost executată pictura, a vopselelor folosite și a ramei sunt determinante pentru cel care dorește să-l cumpere, ci valoarea artistică și, prin aceasta, valoarea economică. De aceea, poate fi obținută anularea unui contract de vânzare pentru eroare asupra unor calități substanțiale ale obiectului prestației atunci când cumpărătorul crede că a dobândit o operă executată de un pictor celebru, care se dovedește a fi fost executată în atelierul acestuia, dar de unul dintre discipoli.

Articolul 1.207 alin. (2), teza a III-a C. civ. extinde domeniul erorii asupra calităților obiectului prestației și la alte împrejurări considerate esențiale de către părți, în absența cărora contractul nu s-ar fi încheiat. Este aici vorba despre ceea ce părțile au convenit că este esențial pentru ele în contractul pe care l-au încheiat și deci așteptat de la celălalt contractant în urma executării obligațiilor asumate<sup>13)</sup>.

De aceea, în jurisprudența franceză s-a decis că lucrul, ale cărui calități substanțiale au fost eronat apreciate de victimă, poate fi și unul incorporal, așa cum este cazul unui fond de comerț<sup>14)</sup>.

d) Eroarea asupra identității persoanei (*error in personam*) este viciu de consimțământ în cazul actelor juridice *intuitu personae*, domeniul predilect fiind cel al actelor cu titlu gratuit. Ea poate privi atât identitatea fizică, cât și pe cea civilă a persoanei.

Legiuitorul subsumează acestei forme a erorii și situația în care victima se înșală nu asupra identității cocontractantului, ci asupra calităților sale, considerate determinante pentru încheierea actului juridic civil [art. 1.207 alin. (2), pct. 3 C. pr. civ.].

Prin excepție, eroarea asupra persoanei poate constitui viciu de consimțământ și în cazul unui contract de vânzare-cumpărare, încheiat pe credit, dacă cumpărătorul era insolubil la data încheierii contractului<sup>15)</sup>, solvabilitatea fiind considerată o calitate substanțială a acestei persoane.

<sup>13)</sup> A se vedea D. Chirică, *Eroarea, viciu de consimțământ în materie contractuală*, în *Dreptul* nr. 7/2005, p. 11.

<sup>14)</sup> A se vedea J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. I. L'acte juridique*, ed. a XII-a, Ed. Dalloz, Paris, 2006, p. 150.

<sup>15)</sup> J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, p. 155.

#### 4. Eroarea de drept

Spre deosebire de eroarea de fapt, ale cărei ipoteze le-am analizat mai sus, eroarea de drept se referă la greșita reprezentare a existenței sau a conținutului unei norme juridice.

Sub imperiul vechiului Cod civil împrejurarea dacă eroarea de drept poate fi considerată un viciu de consimțământ a fost un subiect controversat, adversarii reținerii acestei forme a erorii bazându-se îndeosebi pe principiul conform căruia legea trebuie să fie cunoscută de toate persoanele (*nemo censetur ignorare legem*)<sup>16)</sup>.

Noul Cod civil a tranșat această dispută reglementând eroarea de drept prin art. 1.208 alin. (2), conform căruia „Eroarea de drept nu poate fi invocată în cazul dispozițiilor legale accesibile și previzibile.” „Reglementând” este cam mult spus pentru că textul de lege citat se rezumă să recunoască eroarea de drept ca formă a erorii-viciu de consimțământ și să ne spună când nu poate fi aceasta reținută („în cazul dispozițiilor legale accesibile și previzibile”).

Interpretând *per a contrario* textul de lege citat citat reținem că eroarea de drept este viciu de consimțământ numai dacă norma juridică, a cărei existență nu a fost cunoscută sau al cărei conținut a fost greșit cunoscut de victimă, a fost inaccesibilă sau nu a fost previzibilă.

Caracterul inaccesibil al normei juridice are o dimensiune obiectivă, atunci când nimeni nu a putut cunoaște existența normei juridice, pentru că nu a fost publicată sau, deși a fost publicată, din cauza unor împrejurări neimputabile victimei nu a putut ajunge la cunoștința acesteia, și una subiectivă, care se stabilește doar în relația cu victima erorii. Inaccesibilitatea subiectivă nu privește însă doar imposibilitatea victimei de se informa asupra existenței și conținutului normei juridice, ci și pe aceea de a înțelege corect semnificația normei, datorită modului imperfect în care aceasta a fost redactată.

Caracterul imprevizibil al normei juridice ar putea fi invocat în cazul unor schimbări rapide și repetate ale unor reglementări, schimbări care oferă soluții divergente aceluiași situații.

După cum s-a arătat în doctrină, se poate reține existența erorii de drept, care a viciat consimțământul, dacă se dovedește că *errans* a încheiat un act juridic crezând, în mod greșit, că dispozițiile legale aplicabile conțin anumite prevederi pe care, în realitate, nu le conțineau<sup>17)</sup>.

De exemplu, a fost anulată pentru eroare de drept vânzarea unei succesiuni făcută de un moștenitor care credea, în mod greșit, că a moștenit nuda proprietate, deși moștenise proprietatea deplină<sup>18)</sup>.

Desigur, pentru că suntem în prezența unei forme a erorii și eroarea de drept trebuie să întrunească toate celelalte condiții prevăzute de lege pentru reținerea acestui viciu de consimțământ.

<sup>16)</sup> Pentru prezentarea opiniilor exprimate în această controversă a se vedea E. Chelaru, *op. cit.*, p. 122-123.

<sup>17)</sup> I. Deleanu, *Cunoașterea legii și eroarea de drept*, în *Dreptul* nr. 7/2004, p. 38 și urm.

<sup>18)</sup> A se vedea D. Chirică, *loc. cit.*, p. 2122, precum și doctrina și jurisprudența citate de autor.

## 5. Condițiile erorii

Structura erorii-viciu de consimțământ este formată dintr-un singur element - falsa reprezentare a realității.

Pentru a fi un viciu de consimțământ sancționabil potrivit legi orice formă a erorii trebuie să fie esențială, determinantă, scuzabilă, neasumată și invocată cu bună-credință. În același timp, victima trebuie să dovedească împrejurarea că cealaltă parte a știut sau trebuia să știe că faptul asupra căruia a purtat eroarea era esențial pentru încheierea contractului. Eroarea este *esențială* dacă a îmbrăcat una dintre formele prevăzute de art. 1.207 alin. (2) C. civ., pe care le-am analizat deja.

Și eroarea de drept trebuie să fie esențială! Eroarea de drept este esențială dacă a condus la încheierea unui contract nedorit de victimă sau a unui contract ale cărui clauze se completează cu dispoziții legale supletive, care au un alt conținut decât cel urmărit de aceasta.

Conform art. 1.207 alin. (4) C. civ. „Eroarea care privește simplele motive ale contractului nu este esențială, cu excepția cazului în care prin voința părților asemenea motive au fost considerate hotărâtoare”.

Eroarea trebuie să fie *determinantă*. Mai exact, elementul asupra căruia poartă falsa reprezentare trebuie să fi fost determinant pentru încheierea contractului, în sensul că dacă victima ar fi cunoscut realitatea nu ar fi încheiat acel contract. Acest caracter determinant se apreciază, de regulă, după un criteriu subiectiv, adică în concret, pentru fiecare caz în parte, ținându-se seama de vârsta, profesia, situația socială, experiența profesională ale victimei și de alte asemenea elemente.

Cerința erorii de a fi *scuzabilă* este prevăzută de art. 1.208 alin. (1) C. civ. Potrivit textului de lege citat, eroarea nu este scuzabilă dacă faptul asupra căruia aceasta a purtat putea fi, după împrejurări, cunoscut cu diligență rezonabile. În asemenea situații există eroare, dar victima nu poate invoca protecția legii, pentru că la acest rezultat s-a ajuns din cauza neglijenței sale, situație asupra căreia prevalează interesul asigurării stabilității circuitului civil.

În același timp, eroarea trebuie să fie *neasumată*. Astfel, potrivit art. 1.209 C. civ., „Nu atrage anularea contractului eroarea care poartă asupra unui element cu privire la care riscul de eroare a fost asumat de cel care o invocă sau, după împrejurări, trebuia să fie asumat de acesta.”

Tot legea (art. 1.212 C. civ.) prevede că eroarea trebuie invocată cu bună-credință. Se face astfel aplicația la un caz particular a principiului bune-credințe, prevăzut de art. 14 C. civ., dar și a prevederilor art. 1.170 C. civ., care obligă părțile să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Buna-credință se prezumă până la proba contrară [art. 14 alin. (2) C. civ.]

În sfârșit, din prevederile art. 1.207 alin. (1) C. civ. rezultă că eficiența invocării erorii este condiționată de împrejurarea ca partea cu care *errans* a contractat să fi știut sau, după caz, să fi trebuit să știe că faptul asupra căruia a purtat eroarea era esențial pentru încheierea contractului. Condiția în discuție este impusă de necesitatea asigurării stabilității circuitului civil.

Pentru a fi în prezența erorii este deci necesar ca partea cu care *errans* a contractat să fi știut sau, după caz, să fi trebuit să știe că faptul asupra căruia a purtat eroarea era esențial pentru încheierea contractului, iar nu să fi cunoscut că respectivul

cocontractant a fost în eroare. Mai mult chiar, dacă o parte contractantă cunoaște eroarea în care se află cealaltă parte, dar nu o informează și încheie totuși contractul, ea comite un dol prin reticență, care este un alt viciu de consimțământ, consecința fiind anularea actului pe acest motiv<sup>19)</sup>.

Nu este necesar nici ca eroarea să fie comună tuturor părților actului juridic, deși acest lucru este posibil.

Legiuitorul a reglementat și două situații care pot fi generatoare de eroare, și anume eroarea de calcul și eroarea de comunicare sau de transmitere.

În ceea ce privește *eroarea de calcul*, aceasta nu este viciu de consimțământ pentru că poate fi corectată la cererea oricărei părți. Prin excepție, eroarea de calcul este viciu de consimțământ în cazul în care, concretizându-se într-o eroare asupra cantității, a fost esențială pentru încheierea contractului.

Dispozițiile privitoare la eroare se aplică în mod corespunzător și atunci când eroarea poartă asupra declarației de voință ori când declarația a fost transmisă inexact prin intermediul unei alte persoane sau prin mijloace de comunicare la distanță (art. 1.211 C. civ.)

Referindu-se la situații de fapt, eroarea poate fi dovedită cu orice mijloc de probă.

## 6. Sancționarea erorii

Ca și în vechea reglementare, sancțiunea pe care o atrage eroarea este anularea contractului afectat. Acțiunea în anulare este prescriptibilă în termenul general de prescripție de 3 ani, prevăzut de art. 2.517 C. civ., care începe să curgă din ziua în care cel îndreptățit, reprezentantul său legal ori cel chemat de lege să îi încuviințeze sau să îi autorizeze actele a cunoscut cauza anulării, însă nu mai târziu de împlinirea a 18 luni din ziua încheierii actului juridic [art. 2.529 alin. (1) lit. c) C. civ.]

Noutatea o constituie reglementarea unui mecanism juridic de adaptare a contractului afectat. Prevederile consacrate acestei chestiuni fac obiectul art. 1.213 C. civ. și din ele rezultă că, pentru a evita anularea actului juridic, cealaltă parte poate declara că dorește să execute ori chiar execută contractul așa cum acesta fusese înțeles de partea îndreptățită să invoce anulabilitatea. În aceste cazuri contractul se consideră că a fost încheiat așa cum l-a înțeles această din urmă parte.

Sub aspect procedural, după ce a fost informată asupra felului în care partea îndreptățită să invoce anulabilitatea a înțeles contractul și înainte ca aceasta să fi obținut anularea, cealaltă parte trebuie, în termen de cel mult 3 luni de la data când a fost notificată ori de la data când i s-a comunicat cererea de chemare în judecată, să declare că este de acord cu executarea sau să execute fără întârziere contractul, astfel cum a fost înțeles de partea aflată în eroare. Adaptarea contractului se poate însă realiza și în timp ce procesul prin care victima erorii cere anularea sa este pe rolul instanțelor de judecată.

Dacă declarația a fost făcută și comunicată părții aflate în eroare, în termenul prevăzut de lege sau contractul a fost executat, dreptul de a obține anularea este stins și notificarea prin care victima erorii a informat-o pe cealaltă parte despre felul în care ea a înțeles contractul este considerată lipsită de efecte.

Salvarea contractului se poate realiza și prin confirmarea sa de către victimă

<sup>19)</sup> J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, p. 163.

sau prin împlinirea termenului de prescripție, fără ca aceasta să fi formulat acțiune în justiție. Condițiile confirmării sunt prevăzute de art. 1.263-1.264 C. civ.

## 7. Concluzii

Neîndoielnic, noua reglementare consacrată erorii este mai elaborată, completă și pragmatică decât cea conținută de vechiul Cod civil. Este suficient să amintim aici preocuparea legiuitorului pentru reglementarea cazurilor în care eroarea este esențială, reglementarea erorii de drept și instituirea mecanismului de salvare a contractului.

Cu toate acestea, așa cum am demonstrat în cuprinsul studiului nostru, pot fi formulate și unele observații critice.

Astfel, deși art. 1204 C. civ. se referă la „consimțământul părților” atunci când prevede că acesta trebuie să fie liber și exprimat în cunoștință de cauză, analiza reglementărilor consacrate viciilor de consimțământ și în special a erorii ne-a condus la concluzia că, în realitate, este suficient ca voința unei singure părți să fi fost alterată pentru a se ajunge la anularea actului. Or, această împrejurare trebuia să fie evidențiată de legiuitor.

Este adevărat că alterarea unei „părți” a consimțământului (consimțământul exprimat de unul dintre cocontractanți) este suficientă pentru alterarea întregului, respectiv a acordului de voințe (a „consimțământului părților”, în exprimarea legiuitorului), dar absența unei prevederi legale exprese poate genera confuzii.

Avem apoi în vedere faptul că, reglementând *error in negotio*, legiuitorul a făcut referire atât la natura, cât și la obiectul contractului (este drept că alternativ). Or, acest mod de reglementare poate fi derutant, pentru că nu există o suprapunere perfectă între cele două noțiuni. De aceea credem că ar fi fost mai potrivit ca textul art. 1.207 alin. (2), pct. 1 C. civ. să se refere doar la obiectul contractului.

În sfârșit, apreciem că reglementarea erorii de drept este destul de eliptică. Înțelegem însă și că legiuitorul a acționat cu parcimonie în această materie deoarece a vrut doar să întredeschidă o ușă și s-a temut ca aceasta să nu fie izbită de perete.

# IMPREVIZIUNEA ÎN CONTRACTELE DE COMERȚ INTERNAȚIONAL

Conf. univ. dr. Carmen Tamara UNGUREANU  
Facultatea de Drept  
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

## § Hardship in international trade agreements

### Abstract:

*During the performance of international trade agreements, which usually are long term contracts, can occur unexpectedly, a change in circumstances contemplated by the parties at the time of their conclusion. If the change of circumstances makes the obligations performance of a contractual party excessively difficult, although possible, creating a contractual imbalance, the adaptation of contracts to new conditions is justified. Adaptation of contracts, and thus their survival, is ensured either by inserting a hardship clause in contracts, or by choosing an applicable law to contracts, which contains favorable provisions to using hardship theory.*

**Keywords:** international trade agreements, hardship, hardship clause, applicable law.

## 1. Introducere

Contractele de comerț internațional sunt supuse, la fel ca și cele de drept intern (care pot face parte din orice sistem de drept), principiului *pacta sunt servanda*. Aceasta înseamnă că părțile contractante trebuie să execute obligațiile lor contractuale așa cum și le-au asumat, contractul încheiat având putere de lege între părți. Principiul *pacta sunt servanda* este universal recunoscut și face parte din *lex mercatoria*<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> La origine, *lex mercatoria* era compusă din principiile bunei-credințe, reciprocității și nediscriminării între comercianții locali și cei străini. În prezent, *lex mercatoria* înseamnă fie o metodă, fie un număr de principii și reguli, veritabile *jus gentium*, pentru raporturile private (A se vedea C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, Ed. P.U.F., Paris, 2013, p. 83.). *Lex mercatoria* are în componență reguli materiale de drept internațional; nu conține norme conflictuale. În literatura juridică se apreciază că *lex mercatoria* este formată din două categorii de principii: principii care privesc *loialitatea* în contractele de comerț



La momentul încheierii contractului, părțile se obligă în considerarea unui complex de împrejurări, existent la acel moment, precum și prin raportare la posibilitatea modificării acestor împrejurări, în mod *previzibil*, pe parcursul executării contractului. Prin urmare, părțile se supun și unui alt principiu universal recunoscut, *rebus sic stantibus*, altfel spus, își execută obligațiile contractuale, cu condiția ca împrejurările să rămână neschimbate.

Niciunul dintre cele două principii nu are un caracter absolut. Aplicarea rigidă a principiului *pacta sunt servanda* poate conduce, în ipoteza schimbării circumstanțelor avute în vedere de părți la data încheierii contractului, la situații inechitabile, la încălcarea bunei-credințe, la îmbogățirea fără justă cauză a uneia dintre părțile contractante în detrimentul celeilalte<sup>2)</sup>. Nici principiul *rebus sic stantibus* nu poate avea caracter absolut, deoarece ar fi generată o gravă instabilitate a circuitului juridic<sup>3)</sup>, dacă de fiecare dată când ar avea loc o modificare a circumstanțelor părțile contractante ar fi exonerate de executarea obligațiilor lor. Principiile *pacta sunt servanda* și *rebus sic stantibus*, în aparență antagoniste, se completează unul pe altul, al doilea operând ca o excepție de la primul, cu obiectivul comun de a asigura securitatea juridică a contractelor.

O cale de mijloc este asigurată prin aplicarea teoriei impreviziunii.

## 2. Ce este impreviziunea

O definiție universală a impreviziunii în contracte, care să fie valabilă în orice sistem de drept, nu a fost, încă, formulată. Este acceptat, însă, în multe sisteme de drept, că în cazul în care schimbarea circumstanțelor, avute în vedere de părțile contractante la data încheierii contractului, face ca executarea obligațiilor uneia dintre părți să devină excesiv de dificilă, deși posibilă, altfel spus, schimbarea circumstanțelor conduce la un dezechilibru contractual semnificativ sau la inechitate în executarea obligațiilor contractuale, se justifică adaptarea contractului la noile condiții<sup>4)</sup>.

Nu orice contract este susceptibil de adaptare. Aplicarea teoriei impreviziunii este posibilă în contractele încheiate pe termen mediu și lung, cu executare succesivă sau continuă. De regulă, contractele de comerț internațional sunt contracte complexe și se încheie pe termen lung.

Impreviziunea în contractele de comerț internațional poate fi analizată în două situații:

---

internațional și principii care privesc *eficacitatea* contractelor de comerț internațional (A se vedea C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 84; C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional. Contracte de comerț internațional*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 9-10).

<sup>2)</sup> A se vedea D. Philippe, *Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats a long terme*, material disponibil online la adresa: <http://www.philippelaw.eu/UploadDirectory/UserFiles/files/Les%20clauses%20relatives%20au%20changement%20de%20circonstances.pdf>, consultat la 20 ianuarie 2015.

<sup>3)</sup> Pentru detalii, a se vedea V. Sandăr, *Configurația impreviziunii în noul Cod civil. Considerații cu privire la clauzele de hardship*, în *Revista Română de Dreptul Afacerilor* nr. 10/2013.

<sup>4)</sup> A se vedea I. Macovei, *Tratat de drept al comerțului internațional*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 290; M. Fontaine, F. de Ly, *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*, Ed. Koninklijke Briel NV, Leiden, 2009, p. 461.

- situația în care în contractul de comerț internațional a fost inclusă o clauză de impreviziune;
- situația în care în contractul de comerț internațional nu a fost inclusă o clauză de impreviziune.

### 3. În contractul de comerț internațional a fost inclusă o clauză de impreviziune

Pentru asigurarea stabilității în raporturile contractuale, operatorii de comerț internațional au elaborat anumite tehnici juridice, prin utilizarea cărora contractul poate fi adaptat la noile circumstanțe. Aceste tehnici se numesc clauze de adaptare. Clauzele de adaptare folosesc la gestiunea riscurilor contractului; gestiunea riscurilor constă în a analiza în prealabil și de manieră globală ansamblul riscurilor care ar putea afecta executarea contractului<sup>5)</sup>.

La încheierea oricărui contract, părțile sunt conștiente de riscurile inerente contractului. Aceste riscuri pot fi interne, care țin de comportamentul părților contractante, sau externe, care depind de factori ce acționează independent de voința părților și care exclud culpa acestora<sup>6)</sup>.

Într-un contract de comerț internațional riscurile sunt mai mari decât într-un contract de drept intern, datorită internaționalității acestuia; internaționalitatea unui contract de comerț își are originea fie în faptul că acesta se încheie între parteneri cu sediul în state diferite, fie între parteneri din același stat, dar referitor la o operațiune care conține un element de extraneitate, fie în faptul că tranzacția respectivă implică diverse bariere (normative, juridice, monetare, teritoriale sau fiscale) nespecifice tranzacțiilor interne, cărora li se aplică regulile dreptului comerțului internațional<sup>7)</sup>.

În contractele de comerț internațional pe termen mediu și lung riscurile cresc considerabil, trecerea timpului determinând schimbarea circumstanțelor existente sau avute în vedere de părți la data încheierii contractului. Astfel, schimbarea situației politice sau și economice, dezastrele naturale, războiul civil, fluctuația prețurilor, inflația ș.a. sunt numai câțiva dintre factorii care pot conduce la dezechilibru contractual. Prin urmare, schimbarea neprevăzută și independent de voința părților a circumstanțelor pe parcursul executării contractului, făcând excesiv de oneroasă executarea obligațiilor de către una dintre părți, înseamnă impreviziune.

Pentru a evita dezechilibrul contractual, părțile, de regulă, inserează în contractul lor diferite clauze de adaptare. Una dintre aceste clauze este clauza de impreviziune sau, altfel spus, clauza de *hardship*.

Scopul clauzei de impreviziune este restabilirea echilibrului contractual, care se poate face prin adaptarea contractului la noile circumstanțe. La adaptare se poate ajunge prin renegocierea contractului pe cale amiabilă sau prin adaptarea lui forțată prin intervenția unui terț.

<sup>5)</sup> A se vedea P. Moisan, *Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision*, în Les Cahiers de droit, vol. 35, nr. 2, 1994, p. 284, material disponibil online la adresa: <http://www.erudit.org/revue/cd/1994/v35/n2/043281ar.pdf>, consultat la 16 februarie 2015.

<sup>6)</sup> A se vedea P. Moisan, *op. cit.*, p. 286.

<sup>7)</sup> A se vedea C. T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 1.

În continuare, va fi analizată problema elaborării clauzei de impreviziune (1) și eficacitatea clauzei de impreviziune inserată în contract (2).

### *Elaborarea clauzei de impreviziune*

În faza negocierii, se pune problema conținutului clauzei de impreviziune. În această materie lipsesc reglementările internaționale uniforme, obligatorii pentru părțile contractante. De aceea, în redactarea clauzei, părțile se pot inspira din instrumentele *soft law*<sup>8)</sup>, care conțin prevederi referitoare la *hardship*, și anume: Principiile UNIDROIT (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* - art. 6.2.1-6.2.3), Principiile dreptului european al contractelor<sup>9)</sup> (*Principles of European Contract Law* - art. 6:111)<sup>10)</sup>, *ICC hardship clause 2003*<sup>11)</sup>.

Clauza de impreviziune trebuie să conțină două părți principale: în prima parte sunt definite ipotezele în care va opera clauza (a) și în partea a doua este stabilit regimul aplicabil în cazul în care operează clauza (b)<sup>12)</sup>.

a. Faptul că părțile stipulează o clauză de impreviziune în contractul lor înseamnă că sunt conștiente de posibilitatea schimbării viitoare a circumstanțelor, dar nu sunt în măsură să prevadă nici natura, nici amploarea și nici momentul intervenției schimbării<sup>13)</sup>.

Ipotezele de operare a clauzei de impreviziune înseamnă producerea anumitor evenimente, după încheierea contractului, pe parcursul executării acestuia, independente de culpa părților contractante, care au ca efect prejudicierea uneia dintre părțile contractante. Asemenea evenimente pot fi formulate într-o manieră generală, largă, astfel încât să fie acoperit un număr cât mai mare de situații. Este bine de evitat enumerarea detaliată a evenimentelor, deoarece, oricât de experimentat ar fi cel care elaborează clauza, probabilitatea de a omite anumite situații este destul de mare. Și aceasta deoarece impreviziunea prin ea însăși înseamnă situații care nu pot fi în mod rezonabil prevăzute. De exemplu, clauza ar putea fi redactată astfel: „În caz de surveniență a unor evenimente imprevizibile sau excluse din previziunile admise de către părți și când asemenea evenimente au ca efect dezechilibrul

<sup>8)</sup> Prin *soft law* se înțeleg normele care nu pot fi puse în executare cu ajutorul forței publice (coercitive a statului). Aceste norme pot proveni de la un guvern, de la organizații internaționale, instituții private, profesionale sau asociații profesionale ori de comerț; pentru detalii, a se vedea G. Kaufmann-Kohler, *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, în *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, nr. 2/2010, p. 284 și urm.

<sup>9)</sup> Material disponibil online la adresa: <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>, consultat la 11 aprilie 2014.

<sup>10)</sup> A se vedea E. Baranauskas, P. Zapolskis, *The effect of change in circumstances on the performance of contract*, în *Jurisprudence*, 2009, 4(118), p. 198, material disponibil online la adresa: <https://www.mruni.eu/lt/.../st/.../dwn.php?..>, consultat la 5 mai 2014; D. Girsberger, P. Zapolskis, *Fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption*, în *Jurisprudence*, 2012, 19(1), p. 122, material disponibil online la adresa: <https://www.mruni.eu/lt/.../st/.../dwn.php?..>, consultat la 2 mai 2014.

<sup>11)</sup> Material disponibil online la adresa: [http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia\\_arbitraje\\_iic\\_force\\_majeure\\_and\\_hardship\\_clauses\\_2003.pdf](http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje_iic_force_majeure_and_hardship_clauses_2003.pdf), consultat la 6 mai 2014.

<sup>12)</sup> A se vedea P. Moisan, *op. cit.*, p. 322; M. Fontaine, F. de Ly, *op. cit.*, p. 461 și urm.

<sup>13)</sup> A se vedea P. Moisan, *op. cit.*, p. 323.

bazelor/fundamentelor economice ale contractului în prejudiciul uneia sau alteia dintre părți, părțile trebuie să se pună de acord pentru a face adaptările necesare contractului.”<sup>14)</sup>.

În mod frecvent, riscurile vizate de clauza de impreviziune sunt riscuri economice, comerciale sau monetare. Pot fi avute în vedere și schimbări ale situației politice din țara de executare a contractului.

Pentru operarea clauzei de impreviziune, în primul rând trebuie să aibă loc un eveniment dintre cele prevăzute în clauză. Apoi, evenimentul să provoace un dezechilibru contractual substanțial care să prejudicieze pe una dintre părțile contractante.

b. În partea a doua a clauzei de impreviziune trebuie stabilit regimul aplicabil în cazul în care operează clauza. Prin regim aplicabil se înțeleg regulile pe care părțile trebuie să le urmeze pentru a ajunge la restabilirea echilibrului contractual. Astfel:

- Se stabilește modul în care se constată surveniența evenimentului perturbator<sup>15)</sup>. În acest sens, se poate stabili o procedură de notificare prin care partea afectată de eveniment îl informează pe cocontractant<sup>16)</sup>. Cu cât criteriile utilizate pentru determinarea aplicabilității clauzei de impreviziune (din prima parte a clauzei) sunt mai imprecise, cu atât riscul dezacordului dintre părți este mai mare (de ex., partea contractantă care este avantajată de creșterea prețului materiilor prime poate refuza să accepte că acest eveniment creează un dezechilibru contractual atât de grav încât să conducă la operarea clauzei de impreviziune).

- Se stabilește procedura de urmat, dacă părțile nu cad de acord cu privire la constatarea evenimentului. În acest scop poate fi utilizată medierea ori un alt mod de soluționare alternativă a disputei (ADR) sau arbitrajul.

- Se renegociază contractul în scopul adaptării acestuia la noile condiții<sup>17)</sup>. Odată ce renegocierea este prevăzută în clauză, deci în contract, părțile sunt obligate să participe la renegociere<sup>18)</sup>. Această obligație este una de rezultat. Dacă nu o execută, atunci va interveni răspunderea contractuală a debitorului culpabil, care va fi obligat la despăgubiri sau la alte sancțiuni așa cum sunt prevăzute acestea în legea aplicabilă contractului. De asemenea, părțile au obligația să renegocieze cu bună-credință, acesta fiind un principiu recunoscut în toate sistemele de drept, precum și un principiu care face parte din *lex mercatoria*. Renegocierea cu bună-credință este o obligație de mijloace. Este posibil ca părțile să nu ajungă la o înțelegere cu privire la adaptarea contractului.

- Deoarece contractul este în derulare, pentru a se evita sancțiuni pentru partea contractantă care nu-și execută obligațiile contractuale, din cauza impreviziunii, în

<sup>14)</sup> A se vedea P. Moisan, *op. cit.*, p. 323; un alt exemplu de clauză de impreviziune: „Atunci când, ca urmare a schimbării circumstanțelor de ordin economic sau comercial survenite după încheierea contractului și dincolo de previziunile normale și rezonabile ale părților, economia raporturilor contractuale este modificată, astfel încât executarea obligațiilor de către una dintre părți este prejudiciabilă pentru aceasta, părțile vor renegocia contractul în vederea adaptării lui” (a se vedea M. Fontaine, F. de Ly, *op. cit.*, p. 461).

<sup>15)</sup> A se vedea P. Moisan, *op. cit.*, p. 325.

<sup>16)</sup> A se vedea I. Macovei, *op. cit.*, p. 296.

<sup>17)</sup> A se vedea I. Macovei, *op. cit.*, p. 295-296.

<sup>18)</sup> A se vedea P. Moisan, *op. cit.*, p. 327.

clauză trebuie prevăzută și suspendarea executării contractului pe perioada desfășurării renegocierilor. De asemenea, trebuie stabilit și un termen pentru renegocieri, deoarece complexitatea contractelor pe termen lung poate face renegocierile dificile și de lungă durată.

- În caz de eșec al renegocierilor, adică atunci când părțile nu s-au înțeles cu privire la adaptarea contractului, în clauză trebuie specificat care este procedura de urmat. Pot fi prevăzute trei posibilități: rezilierea contractului prin acordul părților, suspendarea executării contractului pentru o perioadă de timp determinată, la expirarea căreia, în cazul în care condițiile rămân neschimbate, să aibă loc rezilierea sau apelarea părților la un terț, în vederea adaptării forțate a contractului.

Dacă părțile optează pentru includerea în clauza lor a celei de-a treia posibilități, aceea a *adaptării forțate a contractului în caz de impreviziune*, atunci trebuie să stabilească și cine este terțul.

Terțul poate fi un mediator sau un alt intermediar (expert, mandatar comun al părților), un arbitru sau o instanță arbitrală ori o instanță statală. Dacă părțile nu pot ajunge la un acord pentru adaptarea contractului, adaptarea fiind o obligație contractuală, înseamnă că între părți s-a ivit un litigiu, care trebuie soluționat. Regimul juridic al soluției date litigiului și executarea acesteia depind de terțul desemnat.

• *Situația în care terțul desemnat în clauza de impreviziune este un mediator*

Mediatorul este un terț specializat în mediere, independent și imparțial, care ajută părțile să ajungă la o soluție amiabilă, în mod reciproc convenabilă și eficientă. Soluția finală aparține în totalitate părților.

Problema executării soluției rezultate din mediere se pune numai în cazul în care părțile au ajuns la o înțelegere, cu privire la adaptarea contractului. În caz de eșec al negocierilor dintre părți, soluționarea litigiului se va face prin arbitraj sau în fața unei instanțe statale.

Înțelegerea părților cu privire la adaptarea contractului, ca rezultat al medierii, are natura juridică a unui *contract*. Acordul este considerat contract în majoritatea legislațiilor care admit medierea ca formă de soluționare amiabilă a litigiilor<sup>19)</sup>.

Valoarea juridică de *contract* a acordului reprezintă cel mai mare inconvenient al folosirii medierii în încercarea de adaptare a contractului, deoarece, fiind contract, acordul se execută ca orice alt contract<sup>20)</sup>, soluția neavând forța executorie a unei hotărâri arbitrale sau a unei hotărâri statale, care poate fi pusă în executare prin forța coercitivă a statului.

În cazul în care părțile nu execută în mod voluntar acordul de adaptare a contractului, ca rezultat al medierii, acestea au posibilitatea de a face demersuri, apelând la puterea publică, astfel încât contractul să dobândească forță executorie.

<sup>19)</sup> A se vedea K. Bradford, *Commercial Mediation - a comparative review*, 2013, p. 3-49, material disponibil online la adresa: [www.linklaters.com/.../mediation\\_2013\\_7053.p...](http://www.linklaters.com/.../mediation_2013_7053.p...), consultat la 20 februarie 2015; C.T. Ungureanu, *Punerea în executare a acordului rezultat din mediere în litigiile de comerț internațional*, în Uniformizarea dreptului. Efecte juridice și implicații sociale, politice și administrative, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 278-286.

<sup>20)</sup> A se vedea W. F. Fox, *International Commercial Agreements and Electronic Commerce*, 5<sup>th</sup> edition, Ed. Wolters Kluwer, Netherlands, p. 261.

Aceste demersuri îmbracă forme diferite în funcție de legislația aplicabilă în statul pe teritoriul căruia se solicită executarea. De exemplu, în SUA, părțile se pot adresa instanței statale, solicitând validarea înțelegerii rezultate din mediere, iar instanța va hotărî în funcție de legea aplicabilă contractului părților (contractului postmediere), emițând un ordin<sup>21)</sup>. În Franța, părțile au posibilitatea să solicite instanței statale recunoașterea acordului cu privire la adaptarea contractului, printr-o procedură numită *homologation*, în urma căreia acordul dobândește forță executorie<sup>22)</sup>.

În România, conform art. 59 din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator<sup>23)</sup>, părțile pot alege, în vederea asigurării forței executorii a acordului încheiat între ele, care are valoare de contract, să solicite notarului public autentificarea înțelegerii lor sau să se adreseze instanței statale cu o cerere de pronunțare a unei hotărâri care să consfințească învoiala părților, adică să ia act de tranzacție, potrivit art. 438 - 441 C. proc. civ.<sup>24)</sup>. Atât actul notarial, cât și hotărârea judecătorească ce consfințește învoiala părților, numită în literatura juridică hotărâre de expedient, sunt titluri executorii.

Hotărârea de expedient nu are, însă, autoritate de lucru judecat. Tranzacția pe care o consfințește, ca orice contract, poate fi atacată cu acțiune în nulitate, rezoluțiune, reziliere, cu acțiune revocatorie sau în declararea simulației, așa cum se prevede în art. 2278 alin. (1) C. civ.<sup>25)</sup>. Dacă tranzacția este desființată, hotărârea judecătorească ce a consfințit-o devine fără efect [art. 2.278 alin. (2) C. civ.].

Pentru o mai mare certitudine cu privire la punerea în executare a renegociilor părților având ca rezultat adaptarea contractului, părțile pot desemna un arbitru sau o instanță arbitrală.

- *Terțul desemnat în clauza de impreviziune este un arbitru sau o instanță arbitrală.*

Soluția dată de instanța arbitrală în ceea ce privește adaptarea contractului este obligatorie pentru părți. Dacă hotărârea arbitrală nu este executată în mod voluntar, pentru aducerea ei la îndeplinire se apelează la forța publică: se sesizează instanța statală cu o cerere de executare a hotărârii arbitrale.

În arbitrajul intern, hotărârea arbitrală constituie titlu executoriu și se execută silit, ca și cum ar fi o hotărâre judecătorească (art. 615 C. proc. civ.). Hotărârea arbitrală pronunțată în România, în urma unui proces internațional arbitral, are același regim cu hotărârea arbitrală internă, adică este executorie și obligatorie și se execută silit, ca și cum ar fi o hotărâre judecătorească internă.

<sup>21)</sup> A se vedea E. Finkelstein, S. Lifshitz, *Bargaining in the Shadow of the Mediator: a Communitarian Theory of Post-Mediation Contracts*, în *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 25, No. 3, 2010, p. 699-700.

<sup>22)</sup> A se vedea A. Roșu, *Medierea - mijloc alternativ de soluționare a litigiilor comerciale internaționale. Medierea în România*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 314-316; K. Bradford, *op. cit.*, p. 16.

<sup>23)</sup> Publicată în M. Of. nr. 441 din 22 mai 2006, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>24)</sup> Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată în M. Of. nr. 545 din 3 august 2012, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>25)</sup> Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

În ceea ce privește executarea unei *hotărâri arbitrale străine* pe teritoriul României, se aplică regulile din Codul de procedură civilă și din Convențiile la care România este parte.

- *Terțul desemnat în clauza de impreviziune este o instanță statală.*

Dacă părțile au căzut de acord ca adaptarea forțată a contractului lor să fie realizată de o instanță statală, hotărârea pronunțată de aceasta este obligatorie pentru părți. În cazul în care hotărârea nu este executată în mod voluntar se declanșează procedura de executare silită.

Atunci când hotărârile instanței statale trebuie executate pe teritoriul unui alt stat decât acela al instanței care le-a pronunțat, se pune problema recunoașterii și executării lor. Pe plan internațional nu există convenții internaționale în materia recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești străine. Faptul că există convenții internaționale având ca obiect recunoașterea și executarea *hotărârilor arbitrale străine* este principalul motiv pentru care arbitrajul este preferat în soluționarea litigiilor de comerț internațional<sup>26)</sup>.

La nivel regional, în UE, se aplică regulamentele europene, printre care, pentru comerțul internațional, de bază este Regulamentul (UE) Bruxelles I<sup>27)</sup>. În SUA hotărârile judecătorești circulă liber între statele care aparțin federației, instanțele tratând hotărârile pronunțate de instanțe aparținând altor state din federație ca și cum ar fi hotărâri proprii<sup>28)</sup>. În lipsă de convenții bilaterale în materie, se vor aplica normele instanței sesizate (*lex fori*) cu recunoașterea și/sau executarea hotărârii străine.

#### *Eficacitatea clauzei de impreviziune*

Contractul este legea părților. Principiul *pacta sunt servanda* este un principiu universal recunoscut, transnațional<sup>29)</sup>. Eficacitatea clauzei de impreviziune este strâns legată de legea aplicabilă contractului din care face parte clauza.

În contractele de comerț internațional regula este că părțile aleg legea aplicabilă contractului, inserând o clauză în acest sens în contract, potrivit principiului autonomiei lor de voință. Rar, când nu aleg legea aplicabilă, aceasta va fi determinată în cazul apariției unui litigiu între părți, de către instanța sesizată cu soluționarea acestuia, fie ea statală sau arbitrală.

Părțile pot alege o lege națională sau, mai rar, aleg *lex mercatoria* în combinație cu o lege națională.

Dacă au ales legea și aceasta este o lege națională, atunci clauza de impreviziune trebuie să fie permisă de legea aleasă aplicabilă contractului. De regulă, normele

<sup>26)</sup> A se vedea W. F. Fox, *op. cit.*, p. 381.

<sup>27)</sup> Regulamentul (UE) Bruxelles I revizuit [Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2012, privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială (reformare), publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 20.12.2012, L 351, p. 1-21, care se aplică în statele membre începând cu 10 ianuarie 2015].

<sup>28)</sup> A se vedea W. F. Fox, *op. cit.*, p. 381.

<sup>29)</sup> A se vedea E. Ch. Zaccaria, *The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade*, în *International Trade and Business Law Review*, 2004, material disponibil online la adresa: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.html>, consultat la 21 februarie 2015.

naționale cu privire la impreviziune - acolo unde există - nu sunt imperative și nici de ordine publică<sup>30)</sup> și deci părțile pot insera o clauză de impreviziune care se va aplica conform regulilor stabilite de către acestea.

Dacă legea națională aleasă ca aplicabilă contractului conține prevederi referitoare la impreviziune care sunt de ordine publică, atunci clauza de impreviziune stipulată în contract nu este eficace, adică nu poate produce efecte. Instanța sesizată cu soluționarea unui litigiu referitor la impreviziune, fie ea statală sau arbitrală, va fi obligată să aplice dispozițiile din legea aplicabilă contractului. O asemenea situație există, de exemplu, în dreptul algerian. Conform art. 107 alin. (3) C. civ. algerian<sup>31)</sup>, orice convenție contrară prevederilor legale referitoare la impreviziune este nulă.

Dacă părțile au ales ca lege aplicabilă contractului lor *lex mercatoria*, atunci clauza de impreviziune va fi eficace, deoarece principiile echității, bunei-credințe, echilibrului contractual sunt principii care fac parte din *lex mercatoria* și care stau la baza adaptării contractului pentru impreviziune.

#### 4. Situația în care în contractul de comerț internațional nu a fost inclusă o clauză de impreviziune

Este posibil ca în contractele de comerț internațional să fie stipulate mai multe clauze de adaptare a contractului, dar să se omită inserarea unei clauze de impreviziune. În acest caz, se vor aplica regulile cu privire la impreviziune din legea aleasă de părți sau determinată, în lipsa alegerii, de instanța sesizată cu soluționarea litigiului.

Impreviziunea nu este recunoscută în toate legislațiile. Este consacrată în multe legislații naționale<sup>32)</sup>, sub diverse denumiri cum ar fi, *imprévision* (în Franța), *frustration of contract* (în Marea Britanie), *impracticability* (în SUA), precum și în instrumente internaționale din categoria *soft law*, cum sunt, Principiile UNIDROIT, Principiile dreptului european al contractelor<sup>33)</sup>, *ICC hardship clause 2003*.

<sup>30)</sup> A se vedea R.Gh. Geamănu, *Clauza de hardship în contractele comerciale internaționale*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 26; F.R. Fucci, *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance*, American Bar Association, Section of International Law, Spring Meeting - April 2006, New York, p. 11, material disponibil online la adresa: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>, consultat la 21 februarie 2015.

<sup>31)</sup> Art. 107 alin. (3) C. civ. algerian prevede că: „Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle.”; Codul civil algerian este disponibil online la adresa: <http://www.joradp.dz/TRV/FCivil.pdf>, consultat la 21 februarie 2015.

<sup>32)</sup> Pentru detalii, a se vedea M.A. Prado, *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*, în *Revue internationale de droit compare* nr. 4/2010, p. 868-869; M. Fontaine, F. de Ly, *op. cit.*, p. 454 și urm.

<sup>33)</sup> A se vedea E. Baranauskas, P. Zapolskis, *op. cit.*, p. 198; D. Girsberger, P. Zapolskis, *op. cit.*, p. 122.



În dreptul francez, teoria impreviziunii nu este recunoscută decât în dreptul administrativ și se aplică pentru contractele de stat (adică acelea încheiate între stat sau entități de stat și operatori economici). Exonerarea de executare a obligațiilor contractuale în dreptul francez poate avea loc numai pe motiv de forță majoră. O situație similară există în dreptul belgian<sup>34)</sup>. Recunoașterea impreviziunii și adaptarea contractului de către instanțele franceze pot avea ca sursă numai o clauză de impreviziune inserată în contract prin acordul părților. Deci, pe cale convențională, părțile pot renegocia contractul dezechilibrat și îl pot adapta, iar dacă nu ajung la o înțelegere, ci la un litigiu, se pot adresa instanței. În absența unei clauze de impreviziune, instanța statală sesizată va respinge cererea de adaptare a contractului.

În dreptul englez, teoria *frustration of contract* este numai parțial echivalentă cu aceea a impreviziunii (*hardship*); se aplică de către instanțe (deși în mod izolat și folosind o interpretare foarte strictă), atunci când are loc un eveniment, care afectează fundamental executarea contractului, astfel încât executarea devine imposibilă din punct de vedere fizic sau juridic ori, deși executarea este posibilă, aceasta se poate face într-o manieră complet diferită față de acordul original, fără ca niciuna dintre părți să nu fie în culpă<sup>35)</sup>.

În dreptul american, se utilizează teoria numită *impracticability*, consacrată legislativ în *Uniform Commercial Code*, în secțiunea 2-615 și în *Restatement (Second) of Contracts*, în secțiunea 268 (2), care reprezintă teoria impreviziunii. În caz de schimbare a circumstanțelor, care conduce la rezultate extrem de oneroase pentru una dintre părți, instanțele americane au admis renegocierea și au adaptat contractele<sup>36)</sup>.

Deși noțiunea de impreviziune, indiferent de denumirea ei, prezintă diferențe de conținut în normele care o reglementează, fie ele naționale sau internaționale, în toate semnifică faptul că, din cauza unor evenimente care apar pe parcursul executării contractului, se creează un dezechilibru între obligațiile părților contractante. Partea care invocă impreviziunea și pretinde adaptarea/renegocierea contractului trebuie să facă *dovada* faptului că schimbarea circumstanțelor influențează executarea obligațiilor contractuale, creând un dezechilibru, în sensul că executarea propriei prestații a devenit excesiv de oneroasă sau valoarea contraprestației a scăzut excesiv<sup>37)</sup>.

În dreptul român, potrivit art. 1271 C. civ., impreviziunea<sup>38)</sup> poate fi invocată dacă executarea contractului a devenit *excesiv de oneroasă* din cauza unei *schimbări excepționale* a împrejurărilor care ar face *vădit injustă* obligarea debitorului la executarea obligației. Instanța poate să dispună în această situație, fie adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor, fie încetarea contractului, la momentul

<sup>34)</sup> A se vedea M. Fontaine, F. de Ly, *op. cit.*, p. 454.

<sup>35)</sup> A se vedea M. Fontaine, F. de Ly, *op. cit.*, p. 454 -455; Zeyad A.Al. Qurashi, *Renegotiation of International Petroleum Agreements*, în *Journal of International Arbitration*, vol. 22, nr. 4/2005, p. 270-271.

<sup>36)</sup> A se vedea Zeyad A.Al. Qurashi, *op. cit.*, p. 271.

<sup>37)</sup> A se vedea D. Girsberger, P. Zapolskis, *op. cit.*, p. 125.

<sup>38)</sup> Pentru detalii privind impreviziunea în dreptul român, a se vedea G. Viorel, L-A. Viorel, *Configurația impreviziunii în Codul civil (Legea nr. 287/2009, republicată)*, în *Dreptul* nr. 2/2012.

și în condițiile pe care le stabilește, dar, în ambele cazuri, numai dacă schimbarea împrejurărilor este ulterioară încheierii contractului, schimbare care nu putea fi avută în vedere în mod rezonabil la momentul încheierii contractului, iar debitorul nu și-a asumat riscul acestei schimbări. De asemenea, debitorul trebuie să fi încercat, într-un termen rezonabil și cu bună-credință, negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului.

Dacă într-un contract de comerț internațional nu este inserată o clauză de impreviziune (*hardship*), adaptarea/renegocierea/încetarea contractului poate avea loc în funcție de prevederile din legea aplicabilă contractului. Dacă legea aplicabilă este o lege națională, sunt aplicabile prevederile referitoare la impreviziune din această lege, atunci când acestea există. De exemplu, dacă legea aplicabilă contractului este legea română, adaptarea contractului în caz de impreviziune (sau renegocierea ori încetarea contractului) are loc prin aplicarea prevederilor art. 1.271 C. civ.

Atunci când legea aplicabilă contractului aleasă de către părțile contractante este *lex mercatoria*, pentru adaptarea contractului va fi aplicată această lege.

În cazul în care părțile nu au ales legea aplicabilă contractului, instanța statală sesizată o va determina utilizând normele conflictuale din *lex fori*. Legea astfel determinată va reglementa și problema adaptării/încetării contractului pentru impreviziune.

Este posibil ca instanța statală sesizată să adapteze contractul chiar în lipsa unor prevederi referitoare la impreviziune în *lex contractus*. Într-o speță<sup>39)</sup>, soluționată în 2009 de către Curtea de Casație belgiană, în care era aplicabilă Convenția de la Viena din 1980, s-a reținut impreviziunea, în absența unei clauze de *hardship* inserată în contract, instanța considerând că impreviziunea este un principiu general de dreptul comerțului internațional (încorporată în Principiile UNIDROIT). Instanța a apreciat că dacă un contract este dezechilibrat, deoarece prețul materiei prime utilizate a crescut cu 70%, acesta trebuie adaptat; nimic nu justifică ruina unui contractant, doar pentru a respecta contractul, din moment ce au intervenit evenimente fortuite<sup>40)</sup>.

Atunci când legea aplicabilă contractului de comerț internațional nu permite adaptarea contractului pentru impreviziune, cererea părților va fi respinsă.

În concluzie, în contractele de comerț internațional pe termen lung este utilă inserarea unei clauze de impreviziune, care să asigure supraviețuirea contractului în situația în care pe parcursul executării acestuia intervine schimbarea circumstanțelor avute în vedere de către părți la data încheierii contractului. Dacă părțile nu includ o clauză de impreviziune în contract, atunci adaptarea în caz de impreviziune poate avea loc în funcție de prevederile din *lex contractus*. Omiterea clauzei de impreviziune poate fi suplinită prin alegerea unei legi aplicabile contractului, cu dispoziții favorabile adaptării contractului pentru impreviziune.

<sup>39)</sup> Speța este disponibilă online la adresa: <http://www.philippelaw.eu/UploadDirectory/UserFiles/files/rdcavril2011.pdf>, consultată la 6 mai 2014.

<sup>40)</sup> A se vedea C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 256-257.

# UZUCAPIUNEA SERVITUȚILOR ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL

*Prof. univ. dr. Irina SFERDIAN  
Facultatea de Drept  
Universitatea de Vest din Timișoara*

## § Usucapio servitudes in regulation of the new Civil code

### **Abstract:**

*The paper analyzes the acquisition of the right of easement by means of usucapio (prescription) in the regulation of the present Civil Code through a comparative approach with the provisions of the previous Civil Code.*

*Unlike Article 623 of the 1864 Civil Code, which only allowed for the usucapio of continuous and apparent easements, the new Civil Code abandons these two criteria and distinguishes between the different types of usucapio. The tabular usucapio allows for the acquisition of any type of easement, irrespective of its nature, whether continuous or non-continuous, apparent or non-apparent, positive or negative. In exchange, for the extra-tabular usucapio, the positive nature of the easement becomes necessary, but also sufficient.*

*Positive easements are those which allow the holder of the dominant tenement to exercise some prerogatives over the property of the servient tenement. Even in the case of the positive easements, it makes no difference whether their nature is continuous or apparent in order to enable the usucapio.*

**Keywords:** right of easement, usucapio (prescription), possession, title, continuous, apparent.

## **1. Preliminarii**

O privire asupra modului în care a fost reglementată în dreptul nostru, de-a lungul timpului, uzucapiunea servituțiilor ne arată că, dacă prin art. 4 partea a II-a, cap. 2 din Codul Caragea era posibilă dobândirea prin uzucapiune a oricărui tip de servitute, Codul civil din 1864 a limitat uzucapiunea doar la servituțiile continue și aparente (art. 623), iar noul Cod civil, optând pentru uzucapiunea în regim de carte funciară, a extins-o la toate servituțiile pozitive (extratabular) sau la toate servituțiile pe bază de titlu (tabular). Astfel, art. 623 C. civ. din 1864 prevedea că „Servituțiile

continue și aparente se dobândesc prin titlu sau prin posesiunea de 30 de ani”, iar articolul următor preciza că, „Servituțile continue neaparente și servituțile necontinue și neaparente nu se pot stabili decât prin titluri”. În actuala reglementare, potrivit art. 763 C.civ., „Prin uzucapiune tabulară poate fi dobândită orice servitute, iar prin uzucapiune extratabulară pot fi dobândite numai servituțile pozitive”.

Dobândirea dreptului de servitute prin uzucapiune este intim legată de modul în care se exercită posesia servituții, adică de manifestarea exterioară a dreptului de servitute. Din acest motiv, discuția noastră se va raporta în principal la modul de exercitare a dreptului de servitute, pe baza căruia servituțile se clasifică în aparente și neaparente, continue și necontinue, pozitive și negative. Dintre cele trei criterii, aparența și continuitatea au fost esențiale pentru dobândirea servituților prin uzucapiune în reglementarea vechiului Cod civil, în timp ce caracterul pozitiv al servituților este relevant pentru dobândirea acestora prin uzucapiune extratabulară, în reglementarea noului Cod civil.

## 2. Uzucapiunea dreptului de servitute și uzucapiunea modului de exercitare a dreptului de servitute

Uzucapiunea dreptului de servitute se distinge de uzucapiunea modului de exercitare a dreptului de servitute.

Dispozițiile art. 764 C. civ. prevăd că modul de exercitare a servituții se dobândește în aceleași condiții ca și dreptul de servitute. Or, din această precizare pare a rezulta că legiuitorul nostru distinge între dobândirea dreptului de servitute și dobândirea modului de exercitare a sa, chiar dacă aceasta se face în aceleași condiții.

Toate servituțile se exercită potrivit drepturilor și obligațiilor care revin proprietarului fondului dominant și proprietarului fondului aservit prin actul de constituire a servituții sau prin uzucapiune.

Similar Codului civil anterior care prevedea în art. 635 teza I că titularul dreptului de servitute „nu-l poate întrebuița decât după cuprinderea titlului său”<sup>1)</sup>, actualul Cod civil impune o interpretare restrictivă a modalității în care se exercită dreptul de servitute, deci a conținutului său juridic, deoarece acesta nu poate fi decât cel convenit de părți, stabilit prin testament sau dobândit prin uzucapiune.

<sup>1)</sup> Principiul interpretării restrictive a conținutului juridic al dreptului de servitute cunoaște o singură excepție, și anume cea cuprinsă în dispoziția normativă înscrisă în art. 629 alin. (1) C. civ. 1864, care instituia prezumția că dreptul de servitute presupunea și toate mijloacele necesare pentru exercitarea lui. Această excepție de la principiul interpretării restrictive era însoțită și de un exemplu, prevăzut în alineatul al doilea, în care se arată că „servitutea de a lua apă din fântâna altuia atrage cu sine și dreptul de trecere”. În raport cu aceste texte, mijloacele pentru exercitarea servituții sunt prezumate numai în măsura în care sunt necesare, prezentându-se ca un accesoriu care, uneori, îmbracă forma unei servituți accesorii, în raport cu servitutea principală. Dacă ar fi vorba de a acorda numai o comoditate mai mare în exercițiul servituții, cum ar fi în cazul unei servituți de apeduct, căreia s-ar voi să i se adauge ca accesoriu o servitute de trecere, o asemenea servitute nu poate fi îngăduită fiindcă ea nu poate fi privită ca un accesoriu necesar, ci numai ca un mijloc de a ușura exercițiul servituții de apeduct. A se vedea, în acest sens, G.N. Luțescu, *Teoria generală a drepturilor reale. Teoria patrimoniului. Clasificarea bunurilor. Drepturile reale principale*, București, 1947, p. 650.

O servitute accesorie nu va putea fi recunoscută în favoarea proprietarului fondului dominant decât dacă este prevăzută în mod expres în actul de constituire.

Având în vedere că dreptul de servitute este un dezmembrământ al dreptului de proprietate privată, proprietarul fondului dominant nu se va putea bucura de exercițiul dreptului său decât în limita prerogativelor care i-au fost conferite de proprietarul fondului aservit prin actul de constituire.

În caz de conflict între cei doi proprietari, credem că interpretarea conținutului juridic al dezmembrământului trebuie să se facă în așa fel încât servitutea să nu constituie o sarcină excesivă pentru fondul aservit, dar nici să nu devină lipsită de utilitate pentru fondul dominant.

În literatura noastră juridică, dreptul de servitute a fost analizat prin împărțirea raportului de servitute în două raporturi juridice, în cadrul cărora drepturile și obligațiile părților nu sunt altceva decât expresia juridică a prerogativelor dreptului de servitute și a celor două drepturi de proprietate, referitoare la cele două fonduri, iar pe de altă parte, expresia obligației generale negative corespunzătoare drepturilor reale<sup>2)</sup>.

În motivarea acestei opinii, potrivit căreia raportul de servitute ar fi compus din două raporturi juridice reale, s-a arătat că „Dreptul de servitute, înțeles ca dezmembrământ al dreptului de proprietate privată, intră în conținutul unui raport juridic care leagă proprietarul fondului dominant de subiectul pasiv, general și nedeterminat, specific oricărui drept real. Proprietarul fondului aservit este doar una dintre persoanele care alcătuiesc acest subiect pasiv. Din această perspectivă, proprietarul fondului dominant, ca titular al dreptului de servitute, exercită atribuțiile servituții, așa cum sunt ele configurate, prin chiar izvorul raportului juridic respectiv.

Proprietarul fondului aservit are, ca și celelalte persoane care alcătuiesc subiectul pasiv, general și nedeterminat, obligația generală negativă de a nu face nimic de natură a stânjeni exercițiul dreptului de servitute. Pe de altă parte, dreptul de proprietate asupra fondului aservit, astfel cum a fost el dezmembrat prin nașterea dreptului de servitute, intră în conținutul unui alt raport juridic stabilit între proprietarul fondului aservit și subiectul pasiv, general și nedeterminat, în care este inclus ca parte și proprietarul fondului dominant. Acesta din urmă are și el obligația generală negativă de a nu face nimic de natură să știrbească dreptul de proprietate asupra fondului aservit, altfel cum a fost el restrâns după dezmembrare și nașterea dreptului de servitute<sup>3)</sup>.

Considerăm că, în cazul constituirii unei servituți, întreaga situație juridică nu se compune din două raporturi juridice reale, ci din trei, dintre care două au în conținutul lor dreptul de proprietate asupra fondului dominant, respectiv dreptul de proprietate asupra fondului aservit, iar cel de-al treilea, dreptul de servitute.

Este adevărat că, în raportul juridic real în al cărui conținut intră dreptul de proprietate al titularului fondului dominant asupra imobilului, obligația corelativă generală negativă ce revine tuturor celorlalți, de a respecta dreptul de proprietate

<sup>2)</sup> A se vedea V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. 1, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 542.

<sup>3)</sup> *Ibidem*.

asupra fondului dominant, îl vizează și pe proprietarul fondului aservit. Similar, dreptul de proprietate al proprietarului fondului aservit este opozabil tuturor celorlalte persoane, inclusiv proprietarului fondului dominant. În schimb, atunci când se constituie un drept de servitute, acestor două raporturi juridice de proprietate li se suprapune un al treilea, în structura căruia intră drepturile și obligațiile proprietarului fondului dominant, îndreptățit să exercite servitutea, și drepturile și obligațiile proprietarului fondului aservit, ținut să permită exercițiul servituții. Raportul juridic de servitute presupune atât drepturi, cât și obligații concrete, dintre care unele au caracter *propter rem*, ce revin titularilor celor două fonduri în această calitate a lor și care nu au cum să fie subsumate sintagmei de obligație pasivă generală universală.

Dacă proprietarul fondului aservit ar fi doar una dintre persoanele care alcătuiesc subiectul pasiv general și nedeterminat, ar avea doar îndatorirea pasivă de a respecta exercitarea dreptului de servitute de către titular, însă din examinarea prevederilor legale rezultă că acesta are dreptul de a dispune de imobil, de a renunța la imobil, de a suporta cheltuielile de păstrare a servituții și de a oferi un alt loc pentru exercitarea servituții, dacă aceasta a devenit împovărătoare, obligația de a nu leza exercițiul normal al servituții (cum ar fi, de pildă, obligația de a nu așeza un panou în fața ferestrei proprietarului fondului dominant vecin, privându-l de posibilitatea de a avea vedere) și obligația de a efectua lucrările necesare servituții, pe care și le poate asuma. Este lesne de observat că un proprietar care are asemenea drepturi și obligații nu poate face parte dintr-un așa-zis subiect pasiv general și nedeterminat.

Nici proprietarul fondului dominant nu poate fi considerat ca făcând parte din subiectul pasiv general și nedeterminat, atât timp cât are dreptul de a face toate lucrările necesare pentru existența și conservarea servituții și nu îi revine doar îndatorirea generală de a nu stânjeni exercitarea dreptului proprietarului fondului aservit.

Atunci când un drept de servitute se dobândește prin act juridic, nu este suficient ca părțile să prevadă în act doar constituirea dreptului de servitute, ci, prin același act sau separat, cu respectarea condițiilor de formă cerute de lege, trebuie să stabilească modalitatea concretă în care se va exercita servitutea. De exemplu, în cazul în care se constituie o servitute de trecere, se va preciza suprafața de teren pe care se va exercita trecerea, dacă trecerea se va face doar cu piciorul sau și cu mijloace de transport, dacă suprafața de teren urmează a fi delimitată prin semne exterioare, dacă trecerea va putea fi folosită și de proprietarul fondului aservit, iar nu numai de proprietarul fondului dominant, precum și orice alte drepturi și obligații specifice în funcție de tipul servituții.

În cazul servituțiilor care se dobândesc prin uzucapiune, dreptul dobândit va fi exercitat în modalitatea în care s-a obiectivat posesia pe toată perioada de timp necesară pentru uzucapiune.

Se poate discuta dacă în situația în care nu se contestă însăși existența dreptului de servitute, adică în cazul unui drept de servitute valabil dobândit și înscris în cartea funciară, exercitarea timp de 5 ani a servituții într-un mod diferit de cel convenit de părți în cuprinsul actului constitutiv ar permite titularului fondului dominant să se opună cu succes încercării proprietarului fondului aservit de a solicita exercitarea servituții în modalitatea prevăzută în actul constitutiv, adică dacă acesta poate uzucapa un alt mod de exercitare a dreptului de servitute decât cel pe care l-au convenit.

Acest lucru, în opinia noastră, nu este posibil decât dacă în actul constitutiv de servitute părțile nu au stabilit în concret modul de exercitare a servituții. În caz contrar, având în vedere că uzucaparea modului de exercitare a servituții se produce în aceleași condiții ca dreptul de servitute, titularul fondului dominant trebuie să exercite o posesie tabulară cu bună-credință, adică respectând limitele prevăzute în actul constitutiv. Prin urmare, titularul servituții nu poate folosi în favoarea sa încălcarea unei obligații contractuale, pentru a dobândi un mod de exercitare a servituții diferit de cel expres convenit. Proprietarul fondului aservit va putea împiedica uzucapiunea modului de exercitare a servituții oricând până la împlinirea termenului, solicitând proprietarului fondului dominant respectarea modului de exercitare asumat prin contract.

În cazul în care suntem în prezența unei uzucapiuni extratabulare sau tabulare a însuși dreptului de servitute, uzucapiunea modului de exercitare a servituții se produce concomitent cu uzucapiunea dreptului de servitute, pe baza aceleiași posesii.

Posesia utilă este o condiție comună pentru uzucapiunea tabulară și extratabulară a dreptului de servitute, iar o posesie utilă presupune caracterul său continuu, pașnic și public.

Vom face unele observații asupra posesiei servituților prin raportare la clasificarea acestora în funcție de continuitate, aparență și caracterul lor pozitiv, cu scopul de a atrage atenția asupra unor posibile confuzii.

### 3. Servituțiile continue/necontinue și caracterul continuu al posesiei servituților

Servituțiile continue, potrivit art. 761 alin. (2) C. civ., „sunt acelea al căror exercițiu este sau poate fi continuu fără a fi necesar faptul actual al omului, cum ar fi servitutea de vedere ori servitutea de a nu construi, în timp ce servituțiile necontinue, conform art. 761 alin. (3) C. civ., „sunt acelea pentru a căror existență este necesar faptul actual al omului, cum ar fi servitutea de trecere cu piciorul ori cu mijloace de transport”.

Contrar denumirii, servituțiile continue nu presupun acte succesive și repetate, ci doar posibilitatea titularului de a săvârși asemenea activitate oricând consideră necesar. Din momentul în care există, servitutea continuă se exercită singură, fără intervenția omului. Servitutea născută sau devenită ulterior continuă rămâne neschimbată chiar atunci când exercițiul său este întrerupt un timp mai lung sau mai scurt. Astfel, servitutea de vedere este continuă cu toate că exercițiul ei ar fi pentru un timp întrerupt prin închiderea unui oblon<sup>4)</sup>.

Spre deosebire de servitutea continuă, cea necontinuuă presupune faptul actual al titularului său, adică exercitarea sa continuă și actuală. Caracterul necontinuu se păstrează chiar dacă au fost efectuate lucrări aparente pentru a permite exercițiul său. De exemplu, servitutea de trecere nu încetează a fi necontinuuă prin faptul că devine aparentă printr-o poartă și un drum individualizat pentru a înlesni trecerea<sup>5)</sup>.

<sup>4)</sup> A se vedea D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tom III, p. I, ed. a II-a, Atelierele grafice Socec @Co, București, 1909, p. 617.

<sup>5)</sup> A se vedea V. Terzea, *Servituțiile în dreptul civil român*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 208.

Obiectivarea servituții prin semne exterioare este esențială în cazul servituților continue, dar poate lipsi în cazul celor necontinue. Cu alte cuvinte, pentru ca o servitute continuă să existe este necesar ca ea să fie vizibilă prin semne exterioare. Din momentul obiectivării sale în exterior, posesia sa continuă se prezumă. În cazul servituților necontinue, manifestarea lor prin semne exterioare poate fi prezentă, după cum poate și lipsi. Altfel spus, aparența nu este de esența servituților necontinue.

Așa cum s-a arătat în literatura juridică, ideea de continuitate nu trebuie absolutizată. Caracterul actual sau continuu al activității titularului fondului dominant există în măsura în care servitutea este exercitată în mod normal, cu intermitențe firești, impuse de conținutul unei asemenea servituți, precum și de împrejurările de fapt<sup>6)</sup>.

S-a afirmat că între cele două tipuri de servituți există un raport de contrarietate, iar nu de contradicție, având în vedere că o servitute se poate exercita fie obiectiv, adică fără faptul actual al omului, fie se poate exercita numai prin faptul actual al omului<sup>7)</sup>. În schimb, o servitute necontinuă, chiar dacă ar fi exercitată permanent, iar nu cu intermitențe, chiar normale în raport cu natura bunului, nu va putea deveni niciodată continuă, deoarece nu se va îndeplini condiția esențială de a se putea exercita singură, fără intervenția omului<sup>8)</sup>.

De asemenea, în raport cu reglementarea anterioară, s-a mai observat că o servitute exercitată fără faptul actual al omului este totuși continuă numai dacă, altădată, în trecut, stabilirea ei a necesitat o anumită activitate concretă, aparentă, cum ar fi montarea unei streșini, confecționarea și plantarea în sol a unei rigole, construirea unei ferestre în zid<sup>9)</sup> etc., dar cea mai importantă precizare este că această lucrare, odată efectuată, nu mai necesită în viitor acte repetate de posesie, pentru că avantajul care se desprinde dintr-o asemenea servitute este curgerea continuă, zi și noapte, pe parcursul a cel puțin 30 de ani, a apei, streșinii, izvorului, luminii etc., fără faptul actual al omului. Altfel spus, odată ce au fost stabilite aceste lucrări exterioare, fixate în teren, servitutea va căpăta caracter obiectiv, se derulează ca fapt juridic complex, fiind vorba de existența unei posesii specifice, atipice, ca acțiune omenească, reunită cu un fapt natural, adică trecerea unui anumit interval de timp prevăzut de lege<sup>10)</sup>.

S-a precizat că terminarea acestor lucrări creatoare de aparență reprezintă momentul esențial de la care începe să curgă uzucapiunea servituților continue. Lucrările aparente permit titularului fondului dominant posibilitatea de a se folosi oricând de servitutea respectivă, chiar cu intermitențe anormale. Numai concepute în acest fel, servituțile continue nu mai au trebuință de faptul actual al omului, pentru că numai săvârșirea acestor lucrări destinate a înlesni curgerea continuă a acestor servituți, asigură autoexercitarea acestora<sup>11)</sup>.

<sup>6)</sup> A se vedea V. Stoica, *op. cit.*, vol. 1, 2004, p. 529.

<sup>7)</sup> A se vedea I. Lulă, *Observații asupra dobândirii dreptului de servitute prin uzucapiune*, în *Studii de drept privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 429.

<sup>8)</sup> *Ibidem*.

<sup>9)</sup> A se vedea V. Stoica, *op. cit.*, vol. 1, 2004, p. 529, citat de I. Lulă, *Observații asupra dobândirii dreptului de servitute ...*, *loc. cit.*, p. 430.

<sup>10)</sup> A se vedea I. Lulă, *Observații asupra dobândirii dreptului de servitute ...*, *loc. cit.*, p. 430-433.

<sup>11)</sup> *Ibidem*.



S-a mai afirmat că, spre deosebire de continuitatea care se cere la dobândirea prin prescripție achizitivă a dreptului de proprietate ori a dreptului de uzufruct, unde posesia trebuie să fie exercitată în toate cazurile și în toate momentele, fără intervale anormale, continuitatea posesiei servituților continue, dimpotrivă, are un caracter obiectiv, deoarece nu se cer condițiile posesiei utile prevăzute de art. 1847 și următoarele C. civ. 1864. Nu putem vorbi nici despre discontinuitate, intervale anormale de exercițiu al posesiei, astfel că nu se iau în seamă perioadele mari de timp de neexercitare a servituții (bineînțeles, cu excepția abandonării servituții, din moment ce nu este nevoie de faptul actual al omului). Exercițiul servituților continue nu impune săvârșirea unor acte repetate și succesive din partea posesorului, așa cum se cere în cazul unei posesii utile, precum și în cazul servituților necontinue, ci doar posibilitatea continuă de a săvârși astfel de acte. Dacă acceptăm că servituțile continue se pot exercita și singure, nu se mai poate pretinde îndeplinirea condițiilor posesiei utile prevăzute de art. 1847 C. civ. 1864, mai ales că este prezumată posibilitatea continuă de a săvârși acte repetate și succesive<sup>12)</sup>.

În ceea ce ne privește, susținem întru totul ideea că servituțile continue sunt intim legate de aparența lor, adică de obiectivarea existenței lor prin semne exterioare, vizibile, însă apreciem că este posibilă posesia utilă și în cazul servituților continue, nu numai a celor necontinue. Dacă servituțile continue nu necesită faptul actual al omului, nu înseamnă că în cazul acestora nu putem vorbi despre necesitatea respectării cerințelor unei posesii utile sau, mai mult, despre imposibilitatea obiectivă a unei posesii utile. Altfel, ar fi greu de acceptat de ce legiuitorul nostru a înțeles, prin noua reglementare, să permită uzucapiunea servituților continue, atât tabular, cât și extratabular.

Faptul că în cazul servituților continue nu este necesar faptul actual al omului pentru ca acestea să existe în timp nu înseamnă altceva decât că posesia în cazul lor se realizează prin acte care nu presupun un exercițiu repetitiv al titularului lor. Continuitatea posesiei se prezumă din continuitatea aparenței, a menținerii semnelor care fac vizibilă servitutea.

Distincția între servituțile continue și cele necontinue o înțelegem mai bine dacă ne raportăm la situația în care aceste servituți încetează. Pentru servituțile necontinue, care au nevoie de acte repetate de manifestare pentru a-și dovedi existența și posesia, neuzul servituții, care ar conduce în timp la stingerea sa, se calculează de la data ultimului act de exercitare, pentru că în cazul lor nu există posesie fără exercitare repetată, cu intermitențe regulate, după natura bunului posedat și obiectul servituții. În schimb, în cazul servituților continue, termenul de neuz se calculează de la data actului care demonstrează încetarea oricărei posesii și care trebuie să se obiectiveze prin semne exterioare opuse celor care le-au demonstrat existența, cum este, de pildă, astuparea unei ferestre în cazul unei servituți de vedere.

Despre reglementarea prohibitivă a uzucapiunii servituților necontinue în vechiul Cod civil, s-a afirmat că dacă se exercită de către titular prin acte repetate înseamnă că, din punct de vedere logic, nu poate deveni continuă<sup>13)</sup>. Servituțile necontinue sunt, prin ipoteză, viciate, fiindcă nu pot deveni continue și publice. Atunci când posesorul face acte de folosință normală, adică la intervalele în care le-ar face și proprietarul, acest lucru, adevărat pentru uzucapiunea proprietății și a uzufruc-

<sup>12)</sup> *Ibidem.*

<sup>13)</sup> A se vedea I. Lulă, *Observații asupra dobândirii dreptului de servitute ...*, loc. cit., p. 430-433.

tului, nu va avea nicio relevanță juridică pentru uzucapiunea servituțiilor necontinue pentru că nici faptul actual al omului nu este necesar să existe, întrucât aici nu se cere exercitarea folosinței, ci doar posibilitatea exercitării acesteia. Intervalele normale sau anormale de exercitare nu produc nicio consecință juridică din moment ce nu se cere dovada exercitării actuale, în concret, a folosinței servituției<sup>14)</sup>.

Este adevărat că servituțiile necontinue nu devine continue prin acte repetate de uz, însă nici nu este necesar, deoarece posesia acestor servituții este continuă prin simplul fapt că acestea există. La servituțiile continue, simpla lor existență presupune exercitarea lor regulată.

În opinia noastră, a dovedi viciul discontinuității în cazul posesiei oricăror servituții înseamnă a proba intermitențele anormale, neregulate, în exercitarea lor, în funcție de obiectul lor. Însă, în cazul servituțiilor continue, tocmai curgerea continuă a acestei posesii face ca discontinuitatea să rezulte nu dintr-o repetitivitate la intervale anormale de timp, ci din actul contrar exercitării posesiei, manifestat în exterior. Astfel, faptul că o servitute de vedere, care are caracter continuu și nu poate fi decât aparentă, există și se exercită doar pentru că este observabilă prin construirea ferestrei nu înseamnă că actele de exercitare a servituției nu există, adică nu este folosită, ci doar că acestea se presupun din aparența creată, că ele nu trebuie dovedite pentru a se dovedi existența și uzul servituției. În schimb, la servituțiile necontinue, uzul continuu al servituției se presupune, așa cum de altfel se presupune orice calitate a posesiei utile, din actele regulate și continue de exercitare a lor.

#### 4. Servitutea aparent/neaparentă și caracterul public al posesiei servituții

Împărțirea servituțiilor în aparente și neaparente se întemeiază pe criteriul manifestării lor prin semne exterioare.

Potrivit art. 760 alin. (1) C. civ., servituțiile aparente sunt acele servituții a căror existență este vizibilă prin semne exterioare, cum ar fi o ușă, o fereastră, un apeduct. Enumerarea legală a semnelor care indică prezența servituției nu este decât exemplificativă. La acestea se pot adăuga și altele: o cărare, un canal, o plantație etc.<sup>15)</sup>. Semnele trebuie să fie permanente și neechivoce, adică să nu lase nicio îndoială asupra caracterului și întinderii dreptului<sup>16)</sup>.

Servituțiile neaparente, așa cum rezultă din art. 760 alin. (2) C. civ., sunt acelea a căror existență nu rezultă din semne exterioare. Legea dă ca exemplu servitutea de a nu construi ori de a nu construi peste o anumită înălțime. De regulă, servituțiile negative sunt neaparente, deoarece presupun abstențiuni concrete, cum este abținerea de a exercita un anumit drept, ca edificarea unei construcții pe propriul fond sau de a construi peste o anumită înălțime. Confirmarea existenței acestor servituții este posibilă numai prin titlul de constituire a servituției<sup>17)</sup>.

<sup>14)</sup> *Ibidem*.

<sup>15)</sup> A se vedea O.I. Călinescu (în colectiv), în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 813.

<sup>16)</sup> A se vedea G.N. Luțescu, *op. cit.*, p. 610.

<sup>17)</sup> A se vedea V. Stoica, *op. cit.*, vol. 1, 2004, p. 530.

În literatura juridică s-a menționat rolul circumstanțelor de fapt în stabilirea caracterului aparent sau neaparent al servituților. Astfel, aceeași servitute poate fi, în raport de împrejurări, ori aparentă, ori neaparentă. De exemplu, în cazul servituții de apeduct, dacă apeductul este la suprafața solului, servitutea este aparentă, iar dacă este îngropat în pământ, servitutea este neaparentă. Un alt exemplu îl reprezintă servitutea de trecere, fiindcă, dacă trecerea se face pe o cale vizibilă sau printr-o poartă, servitutea este aparentă, iar dacă se face pe un fond neîngrădit și necultivat și fără a lăsa vreo urmă vizibilă ea este neaparentă.

Această clasificare a servituțiilor era importantă în reglementarea anterioară, deoarece numai servituțiile aparente erau susceptibile de uzucapiune.

Caracterul public al posesiei, cerința a posesiei utile, nu trebuie să se confunde cu calitatea posesiei de a fi aparentă. Prin urmare, o servitute neaparentă, care nu se exteriorizează prin semne vizibile, nu este neapărat clandestină, adică exercitată în așa fel încât cel îndreptățit să o cunoască să nu o poată face. De exemplu, o servitute de trecere care nu este vizibilă printr-un drum sau o cărare va putea fi dobândită prin uzucapiune extratabulară, dacă posesorul va dovedi acte repetate de trecere pe fondul aservit, cu caracter de continuitate și exercitate în mod public, iar nu în ascuns de proprietarul fondului aservit.

În materia uzucapiunii servituțiilor, legiuitorul actual nu pune accentul pe caracterul continuu sau necontinuu al acestora, și nici pe aparența lor, ci pe distincția între caracterul lor pozitiv sau negativ, care dobândește relevanță doar în cazul uzucapiunii extratabulare.

## 5. Servituțiile pozitive ca obiect al uzucapiunii extratabulare

Potrivit art. 762 alin. (2) NCC, „Servituțiile pozitive sunt acelea prin care proprietarul fondului dominant exercită o parte din prerogativele dreptului de proprietate asupra fondului aservit, cum ar fi servitutea de trecere”. În alin. (3) se arată că „Servituțiile negative sunt acelea prin care proprietarul fondului aservit este obligat să se abțină de la exercitarea unora dintre prerogativele dreptului său de proprietate, cum ar fi servitutea de a nu construi”.

Specific servituțiilor pozitive este faptul că titularul lor exercită în mod direct acte de folosință asupra fondului aservit, preluând o parte din prerogativele dreptului de proprietate al titularului acestui fond. Servitutea de trecere, servitutea de a lua apă de pe fondul vecin, servitutea de vedere sunt exemple de servituți pozitive. Spre deosebire de servituțiile pozitive, servituțiile negative sunt limitări convenționale ale dreptului de proprietate, restricții pentru asigurarea uzului sau utilității fondului dominant.

Clasificarea servituțiilor în pozitive și negative este importantă deoarece prin uzucapiune extratabulară pot fi dobândite numai servituțiile pozitive, în timp ce prin uzucapiune tabulară pot fi dobândite atât servituțiile pozitive, cât și cele negative.

Legiuitorul actual a considerat că servituțiile naturale și legale stabilite în Codul civil din 1864 nu sunt veritabile dezmembrăminte ale dreptului de proprietate și, receptiv la criticile formulate de doctrină, le-a calificat ca limite legale ale dreptului de proprietate și acestea nu fac obiectul studiului nostru.

Servituțiile pozitive sunt cele prin care titularul lor exercită o parte din prerogativele dreptului de proprietate asupra fondului aservit. Servituțiile pozitive pot fi aparente sau neaparente, continue sau necontinue. Legea nu face nicio distincție între aceste tipuri de servituți. Consecința logică este aceea că prin uzucapiune extratabulară pot fi dobândite atât servituțiile continue și aparente, cât și cele necontinue și neaparente. Observăm astfel o schimbare majoră în optica legiuitorului actualului Cod civil, care extinde domeniul servituțiilor care pot fi dobândite prin uzucapiune, exclușând din domeniul de aplicare a uzucapiunii extratabulare doar servituțiile negative.

## 6. Scurte precizări asupra condițiilor uzucapiunii extratabulare și tabulare în cazul dreptului de servitute

Fără a relua aspectele generale privind condițiile materiale și procedurale necesare invocării uzucapiunii extratabulare și tabulare, vom face unele precizări asupra aplicării lor în cazul servituțiilor.

Uzucapiunea extratabulară a fost definită în doctrină ca un fapt juridic complex în care posesia utilă timp de 10 ani se conjugă cu manifestarea pozitivă a dreptului de opțiune, exercitat în forma prevăzută de lege sub forma cererii de înscriere în cartea funciară, pentru a produce efectul achizitiv de proprietate<sup>18)</sup>. Prin uzucapiune extratabulară se poate dobândi dreptul de proprietate sau un dezmembrământ al acestuia, atât asupra imobilelor înscrise în cartea funciară, cât și asupra celor neînscrise în cartea funciară, prin posesia utilă exercitată timp de 10 ani.

Condițiile pentru a invoca dobândirea dreptului de proprietate prin uzucapiune extratabulară sunt cele prevăzute în art. 930 din noul Cod civil: o posesie utilă, timp de 10 ani, exercitată în una din următoarele împrejurări: a) proprietarul înscris în cartea funciară să fi decedat sau, după caz, să-și fi încetat existența; b) să fi fost înscrisă în cartea funciară declarația de renunțare la dreptul de proprietate; c) imobilul să nu fi fost înscris în cartea funciară. Se pune problema în ce măsură aceste împrejurări pot interveni și în cazul uzucapiunii dezmembrămintelor dreptului de proprietate și, mai ales, al servituțiilor.

Din examinarea situației prevăzute în art. 930 lit. a) C. civ., rezultă că titularul dreptului de servitute trebuie să exercite o posesie în locul titularului înscris în cartea funciară, astfel că această împrejurare nu se referă la titularul dreptului de proprietate care era înscris în cartea funciară și care a decedat sau și-a încetat existența, ci la titularul dreptului de servitute înscris în cartea funciară, decedat sau care a încetat să existe.

Cei care ar fi interesați să solicite înscrierea dreptului de servitute în cartea funciară sunt moștenitorii persoanei fizice decedate, succesorii persoanei juridice a cărei existență a încetat.

Este posibil ca și o altă persoană să solicite înscrierea dreptului în cartea funciară, dobândit de la succesorii titularului înscris în cartea funciară. În aceste condiții, uzuca-pantul nu poate dobândi dreptul de servitute, decât dacă cererea sa de înscriere în cartea funciară a dreptului dobândit prin posesie utilă timp de 10 ani este anterioară oricărei cereri de înscriere a servituții în cartea funciară a celor interesați, arătați mai sus.

<sup>18)</sup> A se vedea V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 374.

În ceea ce privește înscrierea în cartea funciară a declarației de renunțare la dreptul de servitute, aceasta urmează a fi făcută, potrivit principiului relativității cărților funciare, tocmai împotriva proprietarului înscris în cartea funciară, care trebuie să respecte servitutea în calitate de proprietar al fondului aservit. Această renunțare va profita titularului fondului aservit care este eliberat de această sarcină. Evident, o asemenea renunțare poate crea premisele ca servitutea pozitivă să fie exercitată de o altă persoană care va putea uzucapa extratabular dreptul de servitute.

În fine, uzucapiunea extratabulară a dreptului de servitute se aplică și în situația în care imobilul nu este înscris în cartea funciară. Se pune întrebarea dacă această cerință se referă la imobilul grevat de sarcina servituții sau la imobilul care constituie fondul dominant. În ceea ce ne privește, credem că ipoteza prevăzută de art. 930 lit. c) C. civ. este îndeplinită doar în cazul în care niciunul dintre imobile nu este înscris în cartea funciară. Raționamentul pentru care trebuie să admitem această dublă cerință este că înscrierea dreptului de servitute, ca sarcină, în cartea funciară a fondului aservit nu este firesc să fie ignorată, chiar dacă nu este deschisă o carte funciară pentru imobilul fond dominant, sau invers.

Posesia dreptului de servitute trebuie să dureze 10 ani, similar uzucapiunii extratabulare a dreptului de proprietate, iar actele de posesie trebuie exercitate cu intenția de a dobândi dreptul de servitute, iar nu dreptul de proprietate.

Momentul de la care începe să curgă termenul de 10 ani este cel al intrării în posesie, dar numai dacă la acest moment erau îndeplinite condițiile cerute de lege cu privire la titularul înscris în cartea funciară: decesul persoanei fizice, încetarea persoanei juridice sau înscrierea declarației de renunțare la drept în cartea funciară.

În cazul în care posesia începe anterior acestui moment, termenul de 10 ani începe să curgă nu de la data intrării în posesie, ci de la data îndeplinirii condițiilor legale referitoare la titularul înscris în cartea funciară. Dacă imobilul nu este înscris în cartea funciară, termenul de 10 ani începe să curgă de la intrarea în posesie.

Dreptul de servitute al uzucapantului se dobândește nu ca efect al împlinirii termenului de 10 ani, ci ca rezultat al exercitării dreptului de opțiune privind dobândirea servituții prin uzucapiune, de la data cererii de chemare în judecată, iar nu retroactiv, de la data intrării în posesie.

Procedura uzucapiunii extratabulare, așa cum este reglementată de art. 1.049 și următoarele din Codul de procedură civilă, se aplică tuturor drepturilor reale care pot fi uzucapate, prin urmare și servituțiilor, însă în prezentul studiu nu urmărim analiza aspectelor de ordin procedural prin care se exercită dreptul potestativ de invocare a uzucapiunii<sup>19)</sup>. Exercițarea dreptului potestativ de invocare a uzucapiunii se va face prin cererea adresată instanței de judecată în care se solicită înscrierea în cartea funciară a dreptului dobândit prin uzucapiune. Procedura se va putea finaliza într-o singură fază, necontencioasă, în lipsa oricăror opoziții la dobândirea dreptului prin uzucapiune, sau în două faze, caz în care faza necontencioasă este urmată de cea contencioasă. Înscrierea în cartea funciară a dreptului real dobândit prin uzucapiune se va face pe baza încheierii (în procedura necontencioasă) sau pe

<sup>19)</sup> Pentru analiza a exercitării dreptului potestativ de uzucapiune imobiliară extratabulară, a se vedea V. Stoica, *Dreptul potestativ de uzucapiune imobiliară extratabulară*, Revista Română de Drept Privat nr. 3/2013, p. 10-23.

baza hotărârii judecătorești (în procedura contencioasă), însă uzucapiunea își va produce efectele de la data introducerii cererii în instanță, iar nu de la data înscrierii dreptului în cartea funciară, pe considerentul că, prin art. 56 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Codului civil, a amânat efectul constitutiv de drept al înscrierilor în cartea funciară până la definitivarea lucrărilor de cadastru la nivelul fiecărei unități administrativ-teritoriale.

Dacă prin uzucapiune extratabulară pot fi dobândite doar servituțile pozitive, prin uzucapiune tabulară pot fi dobândite toate servituțile. Similar art. 28 din Decretul-lege nr. 115/1938, art. 931 alin. (1) din noul Cod civil prevede posibilitatea celui care este înscris în cartea funciară ca titular al dreptului de proprietate sau a altui drept real, dar fără cauză legitimă, de a-și consolida dreptul prin intermediul unei uzucapiuni tabulare.

Cum legea nu distinge între tipurile de servituți care pot face obiectul uzucapiunii tabulare, înseamnă că acest mod de dobândire se aplică și servituților negative, iar nu numai celor pozitive. În acest caz, titularul dreptului de servitute trebuie să își înscrie în cartea funciară, cu bună-credință, dreptul său dobândit fără cauză legitimă. În ceea ce privește condiția exercitării unei posesii utile, aferente dreptului de servitute, timp de 5 ani de la data înscrierii, aceasta nu va putea fi îndeplinită decât în cazul servituților pozitive, deoarece cele negative nu se obiectivează decât prin absența oricăror acte vizibile, pozitive, de exercitare a vreunui atribut al dreptului de proprietate. Posesia lor constă în respectarea restricției asumate prin actul de constituire, act care, prin ipoteză, nu are o cauză legitimă. În acest ultim caz, termenul de 5 ani semnifică nu numai perioada de timp necesară pentru validarea dreptului înscris, dar și lipsa oricărui act sau fapt pozitiv care ar contrazice caracterul negativ al servituții. Posesia tabulară, adică o posesie a titlului înscris, este dublată de posesia dreptului uzucapat care manifestându-se prin abstențiune are un caracter total atipic, incompatibil cu ceea ce înțelegem printr-o posesie utilă. De pildă, nu vedem cum ar putea fi afectată de discontinuitate sau clandestinitate o servitute de a nu construi.

Pentru uzucapiunea tabulară este necesar ca posesorul să fie de bună-credință. Buna sa credință este suficient să existe în momentul înregistrării cererii sale de înscriere în cartea funciară și în momentul intrării în posesie. Momentul intrării în posesie este greu de imaginat a fi diferit de momentul dobândirii dreptului de servitute, în cazul servituților negative. Este irelevant pentru uzucapiunea tabulară dacă buna-credință a posesorului încetează ulterior acestor două momente (se respectă regula *mala fides superveniens non impedit usucapionem*).

Înscrierea în cartea funciară trebuie să fie fără cauză legitimă, respectiv titlul de dobândire să nu fie valabil, întrucât este afectat de o cauză de nulitate absolută ori chiar nulitate relativă, provine de la un *non dominus* (antecesorul tabular, proprietarul aparent sau înstrăinătorul unui imobil neînscris până la acea dată în cartea funciară) ori este ineficace, adică nu poate constitui valabil dreptul de servitute, sau este posibil ca nu numai titlul de dobândire, ci și titlul transmițătorului să nu fie valabil<sup>20)</sup>. În aceste condiții, după expirarea termenului de 5 ani de posesie tabulară,

<sup>20)</sup> Pentru analiza condițiilor necesare pentru uzucapiunea tabulară, a se vedea M. Nicolae, *Uzucapiunea tabulară în noul Cod civil. Aspecte de drept material și de drept tranzitoriu (intertemporal)*, în *Dreptul* nr. 3/2013, p. 20-21.

valabilitatea titlului dobânditorului nu mai poate fi contestată. Grație invocării uzucapiunii tabulare, titlul dobânditorului se consolidează.

S-a apreciat însă că, prin expirarea termenului de 5 ani, uzucapantul dobândește doar dreptul de a invoca uzucapiunea, nu și dreptul efectiv uzucapat. Dreptul de opțiune al uzucapantului se invocă doar în primă instanță, potrivit art. 2512 alin. (1) C. civ., acesta putând respinge, pe cale de excepție, orice contestație a titlului său de proprietate. Depășirea termenului pentru invocarea uzucapiunii are ca efect decăderea din drept, admiterea acțiunii contestatarului și radierea dreptului său din cartea funciară<sup>21)</sup>.

Atât uzucapantul extratabular, cât și cel tabular pot invoca joncțiunea posesiilor pentru a împlini durata necesară pentru uzucapiune în temeiul art. 933 din noul Cod civil, prin unirea propriei posesii cu cea a autorului său, având în vedere că fiecare posesor este considerat că începe în persoana sa o nouă posesie indiferent dacă bunul a fost transmis cu titlu universal sau cu titlu particular.

---

<sup>21)</sup> *Ibidem.*

# DELIMITĂRI CONCEPTUALE ȘI PRACTICE ÎNTRE NOȚIUNEA DE CONFLICT POZITIV DE COMPETENȚĂ ȘI CEA DE LITISPENDENȚĂ

Asist. univ. dr. Nicolae-Horia ȚIȚ  
Facultatea de Drept  
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

## § Insights conceptual and practical notions of positive conflict of jurisdiction and *lis alibi pendens*

### Abstract:

*Jurisdiction is of particular importance for the whole civil proceedings, the rules on jurisdiction are among the breach of which attracts an unconditional revocation of procedural acts, according to art. 176 par. 3 Civil Procedure Code. In this context, the study of incidents relating to jurisdiction has a paramount importance both from a theoretical perspective and practice. Positive conflict of competence, although with a lesser practical application, is generally presented in the literature as an incident generated by the alternative jurisdiction, namely the referral to several courts competent alike, and they reject the plea of **lis alibi pendens**. Starting from the same premise, namely referral several competent courts or even the same court with two cases having the same parties, the same facts and the same legal issue, the situation of *lis alibi pendens* is resolved in a specific manner different from that provided for the incompetence or positive conflict. The article aims to analyse, from the views expressed in the literature on positive conflict, if it is really apt to occur if the court rejects the plea of **lis alibi pendens** or, in reality, situations premise of the two incidents are different or conflict of jurisdiction assumes no notification of two equally competent court, as if the *lis alibi pendens* but, on the contrary, the notification of two or more courts, but only one of which is competent, but however declare their jurisdiction on the same case.*

**Keywords:** jurisdiction, positive conflict of jurisdictions, *lis alibi pendens*, incident, functional (specialized) jurisdiction.



## 1. Introducere. Aprecieri generale privind reglementarea competenței în noul Cod de procedură civilă. Elemente de noutate introduse prin Legea nr. 138/2014

Materia competenței a fost dintotdeauna de o importanță deosebită în rândul reglementărilor procedurale. Normele de competență au constituit un domeniu deopotrivă supus diverselor modificări legislative, uneori efectuate cu o mult prea mare frecvență, alteori bine-venite în contextul modernizării legislației procesuale civile. Intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă a constituit un important pas pe calea modernizării legislației și în ceea ce privește competența, anticipat fiind de Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor<sup>1)</sup>, sau, așa cum a fost cunoscută în epocă, legea micii reforme în justiție<sup>2)</sup>.

Principalele modificări aduse de cele două acte normative în materia competenței vizează reglementarea unui regim juridic diferit al normelor de competență de ordine publică, doar necompetența generală putând fi invocată în tot cursul judecării, în timp ce necompetența materială și cea teritorială exclusivă, chiar dacă au caracter de ordine publică, nu mai pot fi invocate decât până la primul termen la care părțile sunt legal citate, atât de părți, cât și de instanță din oficiu, sub sancțiunea decăderii [art. 130 alin. (1) și 2 C. proc. civ.]. Necompetența relativă nu poate fi invocată decât de pârât prin întâmpinare, în termenul legal de formulare a acesteia [ca regulă generală 25 de zile de la comunicarea cererii de chemare în judecată, potrivit art. 201 alin. (1) teza finală C. proc. civ.], sau, dacă aceasta nu este obligatorie, cel mai târziu la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate în fața primei instanțe [art. 130 alin. (3) C. proc. civ.]. Acest regim juridic, anticipat de introducerea în Codul de procedură civilă anterior a art. 159<sup>1)</sup> prin Legea nr. 202/2010 are drept scop asigurarea unei discipline procesuale, care să impună atât părților, cât și instanței, rezolvarea incidentelor referitoare la competență înainte de a se trece la judecata propriu-zisă, fără ca pe parcursului judecării să mai poată surveni alte astfel de incidente care să determine o eventuală declinare. În acest sens sunt și dispozițiile art. 131 C. proc. civ. care, pe de o parte, stabilesc obligația instanței investite de a-și verifica, la primul termen la care părțile sunt legal citate, competența, sub aspect general, material și procedural, pronunțând o încheiere interlocutorie în acest sens, adică o încheiere asupra căreia nu va mai putea reveni [art. 131 alin. (1) teza finală C. proc. civ., cu trimitere la art. 235 C. proc. civ.], pe de altă parte, prevăd posibilitatea acordării unui singur termen, și numai în mod excepțional, în vederea stabilirii competenței, atunci când ar fi necesare probe sau lămuriri suplimentare [art. 131 alin. (2) C. proc. civ.].

Se are în vedere, așadar, soluționarea cu prioritate a incidentelor cu privire la competență, astfel încât, o dată stabilită prin încheiere, aceasta să nu mai poată fi invocată pe cale de excepție (cu singura excepție a necompetenței generale), judecata urmând a se desfășura în fața instanței care s-a declarat competentă indiferent dacă pe parcursul judecării ar interveni modificări ale elementelor procesuale în funcție de care instanța sesizată s-a declarat competentă [spre exemplu, se modifică cuant-

<sup>1)</sup> Publicată în M. Of. nr. 714 din 26 octombrie 2010.

<sup>2)</sup> Pentru detalii, a se vedea D. Atasiei, H. Țiț, *Mica reformă în justiție, Legea nr. 202/2010 comentată*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2011.

mul valorii obiectului cererii de chemare în judecată - art. 106 C. proc. civ. - sau se schimbă domiciliul ori sediul pârâtului - art. 107 alin. (2) C. proc. civ.].

De asemenea, edictarea unor criterii clare de determinare a competenței este de natură să simplifice atât activitatea instanțelor judecătorești, cât și să ușureze sarcina, uneori ingrătă, a avocaților, în ceea ce privește operațiunea concretă de determinare a competenței. Este de remarcat, în acest sens, reglementarea unor criterii generale de stabilire a competenței în funcție de valoarea obiectului cererii de chemare în judecată (art. 98-106 C. proc. civ.), precum și schimbarea opțiunii legiuitorului în legătură cu ierarhizarea gradelor de jurisdicție, tribunalul fiind instanța cu plenitudine de competență privind judecata în primă instanță (art. 95, pct. 1 C. proc. civ.), în timp ce judecătorii judecă numai acele cauze care le sunt date în mod expres în competență, criteriile folosite de legiuitor fiind, sub acest aspect, referitoare fie la materie, fie la obiectul cererii sau la valoarea acestuia (art. 94 pct. 1 C. proc. civ.).

De asemenea, ca element de noutate, Codul asimilează normelor de competență, cel puțin în ceea ce privește dispozițiile referitoare la excepțiile și conflictele de competență, pe cele de organizare judiciară referitoare la specializarea completului de judecată sau a secției [art. 136 alin. (1) și (4) C. proc. civ.], dând astfel și o rezolvare practică unor situații apărute și sub imperiul reglementărilor anterioare, dar căroră acestea, inclusiv după modificarea intervenită prin Legea nr. 202/2010, nu erau apte să le răspundă (ne referim în special la așa-numitele situații de „conflict” între două completuri sau secții ale aceleiași instanțe, cu privire la care reglementarea anterioară nu prevedea un remediu concret)<sup>3)</sup>. Mai mult decât atât, Legea nr. 138/2014<sup>4)</sup> introduce în ecuație posibilitatea verificării specializării completului ori a secției căreia i-a fost repartizată cauza cu prioritate, ca prim pas în procedura de verificare și regularizare a cererii de chemare în judecată, anterior verificării formale a cererii introductive [art. 200 alin. (1) C. proc. civ.]. Rezultatul acestei verificări, făcută într-o procedură necontencioasă, constă în transpunerea de la bun început la completul sau secția specializată [art. 200 alin. (1<sup>1</sup>) C. proc. civ.], evitându-se astfel în multe situații tergiversarea judecării pe acest motiv și chiar apariția unor incidente procedurale nedorite pe parcursul judecării în legătură cu specializarea completului sau a secției<sup>5)</sup>.

Sub aspectul acestor incidente, ne-a atras atenția confuzia pe care, în continuare, numeroși autori o fac, între ipoteza procesuală în care poate fi constatat sau devine actual conflictul pozitiv de competență și cea în care devine incidentă excepția de litispendență. Fără intenția de a critica sau de a pune sub semnul întrebării aceste opinii, dorim să prezentăm un punct de vedere propriu în legătură cu acest subiect, punct de vedere care, în principiu, susține că un conflict pozitiv de competență nu poate interveni ca urmare a respingerii excepției de litispendență, ci numai ca urmare a respingerii excepției de necompetență sau, după caz, ca urmare a neinvocării în termen a acesteia.

<sup>3)</sup> L.-Al. Viorel, G. Viorel, *Noul Cod de procedură civilă, vol. I, Fundamentele, Art. 1-248. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 343-344.

<sup>4)</sup> Publicată în M. Of. nr. 753 din 16 octombrie 2014.

<sup>5)</sup> G. Boroș, D.-N. Theohari, *Sinteza principalelor modificări și completări aduse Codului de procedură civilă prin Legea nr. 138/2014*, în *Noul Cod de procedură civilă și 12 legi uzuale*, Ed. Hamangiu, 2014, p. X-XII.

## 2. Conflict pozitiv sau litispendență?

Conflictul pozitiv de competență este definit de art. 131 pct. 1 C. proc. civ. ca intervenind atunci când două sau mai multe instanțe se declară deopotrivă competente să judece același proces. Sintagma „deopotrivă competente” duce cu gândul la competența teritorială alternativă și la situația prevăzută de art. 138 alin. (1) C. proc. civ., respectiv sesizarea mai multor instanțe competente sau, după caz, a aceleiași instanțe.

Este de necontestat faptul că atât conflictul pozitiv, cât și litispendența presupun sesizarea a două instanțe sau a două completuri cu aceeași cerere de chemare în judecată, identitatea nefiind una formală, ci una substanțială. Prin urmare, ne raportăm ca prim element de determinare a conflictului pozitiv și a litispendenței la tripla identitate de părți, obiect și cauză juridică<sup>6)</sup>, coordonate de identificare a acțiunii civile, pe care se construiește autoritatea de lucru judecat a hotărârii ce se va pronunța în cauză. Altfel spus, aceeași cerere înseamnă aceeași acțiune, și nu neapărat același act procedural. Din contră, atât conflictul pozitiv, cât și litispendența sunt determinate de formularea a două cereri distincte, dar care investesc instanțele cu același cadru procesual, subiectiv, obiectiv și factual, situație care determină, în mod necesar, apariția unui incident menit să preîntâmpine ca, în legătură cu aceeași acțiune, să se pronunțe două hotărâri, eventual cu soluții diferite ori chiar contradictorii<sup>7)</sup>.

Prin urmare, de la bun început constatăm că atât în cazul conflictului pozitiv, cât și în cazul litispendenței, manifestarea procesuală care le determină este atipică, pentru că reclamantul introduce două cereri separate, prin care exercită aceeași acțiune. O astfel de manifestare se îndepărtează de la regulile de disciplină procesuală, putând fi determinată de rațiuni licite (spre exemplu, necunoașterea normelor procedurale, pe fondul în care reclamantul încearcă să obțină cât mai repede un termen în fața primei instanțe<sup>8)</sup>), dar în special de folosirea deturnată a dreptului de a sesiza instanța, nu în scopul în care a fost edictat de legiuitor, ci urmărindu-se o finalitate diferită, adică, altfel spus, săvârșindu-se un abuz de drept procesual (art. 12 C. proc. civ.). Este cunoscută, spre exemplu, practica mai veche de a introduce cererea de chemare în judecată de mai multe ori, în vederea „alegerii” unui complet sau judecător, eludându-se astfel dispozițiile legale referitoare la repartizarea aleatorie, practică evitată la momentul de față, însă nu în totalitate, prin regulile referitoare la înregistrarea și repartizarea aleatorie a cauzelor, instituite de Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești, aprobat prin Hotărârea Consiliului

<sup>6)</sup> M. Tăbârcă, *Drept procesual civil, vol. I - Teoria generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 698; I. Leș, *Tratat de drept procesual civil, vol. I, Principii și instituții generale. Judecata în fața primei instanțe*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 391, G. Boroș (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, vol. I, Art. 1-526*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 345, A. Tabacu, *Drept procesual civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 175.

<sup>7)</sup> M. Tăbârcă, *op. cit.*, p. 698-699.

<sup>8)</sup> Putem întâlni o astfel de situație atunci când reclamantul formulează o cerere de chemare în judecată care din anumite motive (spre exemplu este supusă unei proceduri riguroase de regularizare) întârzie să primească un termen de judecată. Dorind să obțină un termen cât mai repede, reclamantul formulează o nouă cerere, sperând că aceasta va avea o rezolvare mai rapidă.

Superior al Magistraturii nr. 387/2005, cu modificările și completările ulterioare. Potrivit acestui Regulament, „persoana desemnată cu repartizarea aleatorie a cauzelor, primind dosarul, verifică în sistemul ECRIS dacă există alte dosare formate ca urmare a unei cereri formulate de aceleași persoane, împotriva aceluiași persoane și având același obiect, întocmește un referat în care menționează rezultatul verificării și îl atașează la dosarul nou-format” [art. 95 alin. (1<sup>1</sup>) din Regulament], iar „dacă se constată că pe rolul instanței există sau au existat cel puțin două cereri formulate de aceeași parte, având același obiect principal și aceeași cauză, toate cererile vor fi judecate de către primul complet investit, dacă cererile nu au fost soluționate încă, precum și dacă primul complet investit a luat act de renunțarea la judecarea cererii sau a anulat cererea ca netimbrată, ca nesemnată ori pentru neîndeplinirea celorlalte condiții prevăzute de art. 194-197 din Codul de procedură civilă, adoptat prin Legea nr. 134/2010, republicată, cu modificările și completările ulterioare” (art. 96<sup>2</sup> din Regulament). Abuzul de drept în vederea eludării dispozițiilor legale referitoare la repartizarea aleatorie este, în acest fel, de cele mai multe ori evitat, însă nu eliminat în totalitate, atât timp cât reclamantul are posibilitatea ca, la primul termen la care este legal citat, să își modifice cererea de chemare în judecată [art. 204 alin. (1) C. proc. civ.]. Prin urmare, așa cum vom arăta și mai jos, reclamantul de rea-credință poate formula o nouă cerere de chemare în judecată cu un cadru procesual diferit de prima, dar pe care să o modifice în condițiile art. 204 alin. (1) C. proc. civ., în urma modificării rezultând aceleași părți, același obiect și aceeași cauză ca și în cererea formulată anterior.

Pornind de la ipoteza comună a sesizării instanțelor cu două cereri distincte, dar având aceleași elemente substanțiale, deci practic exercitând aceeași acțiune, sfera de aplicabilitate a conflictului pozitiv și a litispendenței se diferențiază prin faptul că, dacă la conflictul pozitiv, instanțele sesizate de reclamant nu sunt, ci doar se declară deopotrivă competente, în cazul litispendenței, instanțele sunt deopotrivă competente. Sub acest aspect, nu îmbrățișăm punctul de vedere exprimat în marea majoritate a lucrărilor de specialitate publicate în doctrină, conform căruia sursa conflictului pozitiv ar fi respingerea excepției de litispendență<sup>9)</sup>. În opinia noastră,

<sup>9)</sup> Spre exemplu, raportându-ne la cea mai recentă (și, probabil cea mai valoroasă) lucrare publicată până la momentul de față sub imperiul noului Cod de procedură civilă, se susține de către autorii acesteia că „în cazul în care ambele instanțe sunt competente să rezolve pricina, fiind în prezența unei competențe teritoriale alternative, se poate recurge la excepția de litispendență, dar dacă instanța respinge excepția, conflictul pozitiv de competență devine actual” (G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 263). În același sens, a se vedea, dintre lucrările elaborate sub imperiul noului Cod de procedură civilă: Gh. Durac, *Drept procesual civil. Principii și instituții fundamentale. Procedura contencioasă*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 225; V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat, vol. I - art. 1-526*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 414; M. Tăbărcă, *op. cit.*, p. 698-699; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, ediție revăzută, completată și actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 757; I. Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă, vol. I (Art. 1-621). Comentariu pe articole*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 227; I. Leș, *op. cit.*, p. 391; I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Art. 1-1133*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 222-223; G.C. Frențiu, D.-L. Băldean, *Noul Cod de procedură civilă, Comentat și adnotat*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 250; V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *Drept procesual civil. Drept execuțional civil. Arbitraj. Drept notarial. Curs de bază pentru licență și masterat, seminare și examene*, Ed. Național, București,

conflictul pozitiv poate deveni actual numai în cazul în care instanțele, deși nu sunt deopotrivă competente, se declară deopotrivă competente, fie respingând excepția de necompetență, fie constatând că aceasta nu ar mai putea fi invocată.

Pentru a înțelege mai bine cele două ipoteze, să ne închipuim o situație concretă: reclamantul introduce o cerere de chemare în judecată împotriva pârâtului la instanța X, după care introduce o nouă cerere, împotriva aceluiași pârât, la instanța Y. Pârâtul invocă excepția de litispendență, pe care instanța sesizată ulterior o respinge, reținând că obiectul celor două cereri este diferit. Judecata va continua în fața celor două instanțe, sesizate separat cu cauze despre care instanța în fața căreia s-a invocat excepția de litispendență apreciază că sunt diferite. Pentru ca respingerea excepției de litispendență să conducă la ivirea unui conflict pozitiv de competență ar trebui ca instanța care soluționează excepția să aprecieze, pe de o parte, că nu sunt întrunite cerințele substanțiale ale litispendenței (adică nu este întrunită tripla identitate de părți, obiect și cauză juridică), pe de altă parte că cealaltă instanță este investită cu soluționarea aceleiași cauze, a aceleiași cereri, a aceleiași acțiuni. Or, o astfel de dedublare nu este posibilă rațional. Dacă apreciază că pe rolul instanțelor este aceeași acțiune, judecătorul urmează să admită excepția de litispendență. Dacă apreciază că cele două cereri sunt diferite, că acțiunile exercitate au elemente distincte, va continua judecata, neputându-se pune problema unui conflict între două instanțe care au fost investite cu cauze diferite. Pentru ca respingerea excepției de litispendență să conducă la conflict pozitiv de competență ar trebui ca judecătorul să respingă excepția, apoi să realizeze că de fapt ar fi întrunite condițiile litispendenței. Or, o astfel de ipoteză nu poate produce niciun efect, raportat la caracterul interlocutoriu al încheierii prin care se respinge excepția. Practic, în toate situațiile în care se respinge excepția de litispendență pe motiv că nu există triplă identitate de părți, obiect și cauză, instanța respectivă continuă judecata, pentru că rațiunea respingerii excepției este aceea că acțiunea cu care instanța care a soluționat-o este investită este diferită de cea aflată pe rolul unei alte instanțe.

A admite că respingerea excepției conduce la conflict pozitiv ar însemna să acceptăm că același judecător, la un moment procesual apreciază că acțiunea cu care a fost investit este diferită de cea aflată pe rolul unei alte instanțe, dar că ulterior, la un alt moment procesual, ar considera că acțiunea aflată pe rolul altei instanțe este identică cu cea cu care este investit. Or, așa cum arătam și mai sus, rațional și procedural, acest lucru nu este posibil.

Conflictul pozitiv nu se poate ivi nici în situația în care instanța respinge excepția litispendenței pe motiv că a fost mai întâi sesizată ori pentru că este mai înaltă în grad decât instanța care soluționează cealaltă cerere, între aceleași părți, având același obiect și întemeiată pe aceeași cauză juridică. Altfel spus, analizând motivele procedurale pentru care ar fi respinsă excepția litispendenței, apreciem că nici în aceste situații nu se poate ajunge la conflict pozitiv, deoarece o astfel de soluție conduce la invocarea aceleiași excepții în fața celeilalte instanțe. Spre exemplu, excepția este invocată mai întâi în fața instanței X, care o respinge, însă nu pe motiv că nu ar

---

2013, p. 208-209. Pentru doctrina franceză, a se vedea S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 1116-1117; E. Jeuland, *Droit processuel général*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 411-413.

fi îndeplinite condițiile substanțiale de la art. 138 alin. (1) C. proc. civ. (tripla identitate de părți, obiect și cauză juridică), ci pe motiv că nu sunt întrunite cerințele procedurale de la art. 138 alin. (3) C. proc. civ. (potrivit cu care, dacă instanțele sunt de același grad, excepția se invocă în fața instanței sesizate ulterior care, dacă o admite, trimite dosarul instanței mai întâi sesizate). Altfel spus, deși constată că sunt întrunite cerințele referitoare la identitatea de acțiuni, instanța respinge excepția pentru că apreciază că a fost mai întâi sesizată. În acest caz, nu se creează un conflict pozitiv, situația urmând a fi rezolvată prin invocarea excepției de litispendență la instanța ulterior sesizată, așa cum prevede art. 138 alin. (3) C. proc. civ. Faptul că excepția a fost invocată greșit la instanța mai întâi sesizată, și nu la cea ulterior sesizată, așa cum prevede legea, nu poate conduce la conflict pozitiv, deoarece nu ne aflăm în situația în care instanțele s-ar considera deopotrivă competente să soluționeze aceeași pricină, ci doar în aceea în care incidentul privitor la litispendență nu a fost în mod corect declanșat.

Soluția este similară și în cazul în care excepția de litispendență ar fi respinsă pentru nerespectarea cerințelor art. 138 alin. (4) C. proc. civ., potrivit cu care, în cazul în care instanțele sunt de grad diferit, excepția se invocă la instanța mai mică în grad, care, dacă o admite, trimite dosarul instanței mai înalte în grad. Neputând exista decât instanțe deopotrivă competente din punct de vedere teritorial (competență alternativă), nu și material, ipoteza vizează, în mod evident, acele situații în care, nefiind invocată excepția de litispendență în cursul judecării în fața primei instanțe, una dintre cele două cauze identice a ajuns în faza judecării în apel. În acest caz, excepția se invocă la instanța care soluționează cauza în primă instanță, indiferent dacă aceasta a fost ulterior sesizată sau nu, urmând ca judecata să continue în fața instanței de apel. Sub acest aspect, rațiunea atât a alin. (3), cât și a alin. (4) ale art. 138 C. proc. civ. este aceea ca judecata să continue la instanța în fața căreia procedura este mai înaintată, adică la instanța care a făcut mai multe acte de procedură, prezumându-se că aceasta este instanța mai întâi sesizată sau, după caz, instanța mai înaltă în grad. Revenind la ipoteza evocată, dacă cele două pricini se află pe rolul unor instanțe de grade diferite și, în mod greșit, excepția este ridicată la instanța mai înaltă în grad, aceasta o va respinge, nu însă pentru că nu ar exista triplă identitate de părți, obiect și cauză, ci pentru că nu sunt respectate cerințele procedurale de invocare a litispendenței. Consecința acestei soluții nu este însă în niciun caz ivirea unui conflict de competență, ci, din contră, situația se rezolvă prin invocarea excepției la instanța mai mică în grad.

Practic singura situație pe care ne-o putem imagina, în care respingerea excepției de litispendență ar conduce la conflict pozitiv de competență ar fi aceea în care cele două cereri ar fi pe rolul unor instanțe de același grad, însă fiecare dintre ele ar respinge excepția pe motiv că a fost mai întâi sesizată. O astfel de situație ar putea interveni în cazul în care reclamantul a sesizat concomitent, în aceeași zi, două instanțe deopotrivă competente (competență teritorială alternativă). Invocată în fața ambelor instanțe, excepția este respinsă, niciuna neputând stabili dacă a fost mai întâi sesizată sau nu. Dacă ambele instanțe, apreciind că sunt sesizate prin cereri distincte cu aceeași acțiune, resping totuși excepția de litispendență, apreciind că a fost mai întâi sesizată, ultima instanță care respinge excepția trebuie să constate ivirea

conflictului pozitiv. Este mai mult un conflict de litispendență decât de competență, pentru că, recunoscând apariția stării de litispendență, instanțele nu o pot soluționa din rațiuni procedurale. În condițiile aplicării actualului Regulament de ordine interioară a instanțelor judecătorești, o astfel de situație ar putea cu greu să apară deoarece, potrivit art. 93 alin. (1) din Regulament, „actele de sesizare a instanței, depuse personal sau prin reprezentant, sosite prin poștă, curier ori fax sau în orice alt mod prevăzut de lege, se depun la registratură, unde, în aceeași zi, după stabilirea obiectului cauzei, primesc, cu excepția cazurilor prevăzute de lege, număr din aplicația ECRIS și dată certă, în ordinea primirii”. Data certă are drept scop stabilirea momentului exact al primirii și înregistrării, astfel încât, în eventualitatea în care două instanțe diferite, dar deopotrivă competente, sunt sesizate, în aceeași zi, prin cereri distincte, cu aceeași acțiune, excepția de litispendență să poată fi soluționată prin determinarea instanței mai întâi sesizate pe baza datei certe de înregistrare<sup>10)</sup>. Dacă ambele instanțe se consideră deopotrivă mai întâi sesizate, se naște conflictul pozitiv, urmând ca instanța superioară în grad comună să stabilească nu neapărat instanța competentă, ci instanța mai întâi sesizată. În cazul în care cererile ar fi introduse concomitent, în aceeași zi, pe rolul aceleiași instanțe, acest incident nu ar putea conduce nici la litispendență, nici la conflict pozitiv, deoarece, potrivit art. 93 alin. (1<sup>1</sup>) din Regulament, „...dacă în aceeași zi se constată că au fost înregistrate acte identice de investire a instanței, acestea vor primi un singur număr în aplicația ECRIS, formând un singur dosar”. Posibilitatea apariției stării de litispendență sau a conflictului pozitiv este așadar eliminată *ab initio*, cererile urmând a fi considerate ca un singur act de sesizare a instanței. În cazul în care cererile distincte, dar prin care se exercită aceeași acțiune, sunt introduse pe rolul aceleiași instanțe în zile diferite, ele vor fi repartizate la același complet, respectiv primul complet investit [art. 95

<sup>10)</sup> Desigur că se vor avea în vedere și ipotezele reglementate la art. 183 alin. (1) și (2) C. proc. civ., respectiv situațiile în care cererile sunt trimise prin scrisoare recomandată sau prin serviciu de curierat rapid ori prin serviciu specializat de comunicare, pe de o parte, precum și cele în care cererea este depusă la unitatea militară sau la administrația locului de deținere, pe de alta. În aceste situații, se va avea în vedere în scopul determinării momentului sesizării instanței nu data certă de înregistrare a cererii la instanță, ci data înscrisă pe recipisa oficiului poștal, precum și cea înscrisă în înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus [art. 183 alin. (3) C. proc. civ.]. În același sens sunt și dispozițiile art. 2556 C. civ., așa cum au fost puse în aplicare prin art. 205<sup>2</sup> din Legea nr. 71/2011. Reglementarea este similară, dar nu identică, textul de lege din Codul civil făcând referire la trimiteri poștale în general, doar textul din legea de aplicare restrângând efectul special doar la situația în care trimiterea este recomandată (a se vedea Colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, vol. III, Art. 1650-2664. *Contracte speciale. Privilegii și garanții. Prescripția extinctivă. Drept internațional privat*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 1013, V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), *op. cit.*, p. 518). Față de caracterul special al dispozițiilor art. 183 C. proc. civ., apreciem că, în cazul cererilor trimise prin fax sau prin e-mail, se va avea în vedere ca dată a sesizării instanței data înregistrării, respectiv data primirii la instanță, dacă faxul sau e-mailul a fost primit în timpul orelor de program, ori data din ziua următoare, dacă faxul sau e-mailul nu a fost primit după ora la care activitatea instanței încetează în mod legal [art. 182 alin. (2) C. proc. civ.]. Sub acest aspect, data trimiterii faxului sau e-mailului nu are relevanță, deoarece aceste trimiteri nu au fost asimilate de legiuitor trimiterilor prin poștă sau curier sub aspectul datei efectuării actului de procedură (a se vedea, cu privire la trimiterile prin e-mail, M. Tăbârcă, *op. cit.*, p. 791).

alin. (1<sup>1</sup>) și art. 96<sup>2</sup> din Regulament], urmând ca incidentul să fie soluționat ulterior de acesta prin invocarea excepției de litispendență în dosarul cu număr mai mare. În acest fel, normele administrative referitoare la înregistrarea și repartizarea cauzelor conduc la evitarea apariției stării de litispendență sau la depistarea facilă a acesteia.

Ținând cont de cele arătate, apreciem că respingerea excepției de litispendență nu poate conduce la apariția conflictului pozitiv decât în ipoteza rarisimă în care niciuna dintre instanțele sesizate concomitent nu ar putea decide dacă a fost sau nu sesizată înaintea celeilalte. În toate celelalte situații, respingerea excepției de litispendență conduce la soluționarea cauzelor în continuare de instanțele investite, urmând ca, în eventualitatea formulării, odată cu fondul, a căii de atac împotriva încheierii de respingere a excepției de litispendență, situația să fie reevaluată de către instanța de control judiciar. Pe cale de consecință, conflictul pozitiv este specific situației în care sunt sesizate prin cereri distincte, dar prin care se exercită aceeași acțiune, două instanțe care nu pot fi deopotrivă competente, dar care se declară deopotrivă competente, fie pentru că resping, ambele, excepția de necompetență, fie pentru că, fără a fi invocată excepția, se declară, ambele, competente, în condițiile art. 131 alin. (1) C. proc. civ. Conflictul pozitiv poate interveni, de asemenea, raportat la dispozițiile art. 136 alin. (1) C. proc. civ., și atunci când, cererile sunt înregistrate la aceeași instanță, dar la completuri cu specializare diferită sau la secții cu o specializare diferită. Raportat la dispozițiile art. 95 alin. (1<sup>1</sup>) și art. 96<sup>2</sup> din Regulament, o astfel de situație ar fi greu de întâlnit în practică, nu însă imposibil, dacă luăm în calcul posibilitatea ca reclamantul să își modifice la primul termen la care este legal citat cererea de chemare în judecată, în temeiul art. 204 alin. (1) C. proc. civ. Astfel, dacă cererile, introduse la aceeași instanță sunt la început diferite, dar ulterior, ca urmare a unei modificări operate printr-o cerere adițională, devin identice ca și cadru procesual (părți, obiect, cauză), se ivește starea de litispendență numai în măsura în care cele două cereri se află pe rolul aceluiași complet sau aceleiași secții. Dacă cele două cereri, devenite identice ca urmare a modificării uneia dintre ele, se află pe rolul unor completuri sau secții ale aceleiași instanțe, cu o specializare diferită, va fi invocată mai întâi excepția de necompetență funcțională [fie în etapa de regularizare, potrivit art. 200 alin. (1) C. proc. civ., fie la primul termen la care părțile sunt legal citate], urmând ca ulterior, după transpunerea dosarului respectiv la secția sau completul specializat, să fie invocată excepția de litispendență raportat la dosarul deja existent pe rolul secției sau completului respectiv<sup>11)</sup>.

În cazul în care cererea modificată nu este transpusă, completul investit cu soluționarea acesteia apreciind că are specializarea de a-l soluționa, se poate ivi conflictul pozitiv, în măsura în care și celălalt complet apreciază același lucru, respingând excepția de necompetență funcțională sau, după caz, constatând că aceasta nu ar mai putea fi invocată<sup>12)</sup>. Spre exemplu, în cazul în care completul mai întâi

<sup>11)</sup> Pentru opinia contrară, potrivit căreia se invocă excepția de litispendență indiferent dacă pricinile se află pe rolul aceluiași complet, a unor completuri diferite sau chiar secții diferite, a se vedea Gh. Piperea, C. Antonache, P. Piperea, Al. Dimitriu, M. Piperea, Al. Rățoi, A. Atanasiu, *Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 169.

<sup>12)</sup> Apreciem, alături de alți autori (a se vedea L.-Al. Viorel, G. Viorel, *Noi realități procesuale în procedura de judecată. Unele modificări ale NCPC aduse prin intermediul Legii*



investit a depășit momentul primului termen la care părțile sunt legal citate, iar ulterior, cererea înregistrată pe rolul unui alt complet, cu o specializare diferită, este modificată, devenind identică cu cea aflată pe rolul său, iar acest complet se declară competent să soluționeze în continuare cererea modificată, devine actual un conflict pozitiv de competență funcțională sau specializată, care va fi soluționat, potrivit art. 136 alin. (2) C. proc. civ., de secția instanței superioare corespunzătoare secției la care s-a ivit conflictul<sup>13)</sup>.

Situația este total atipică și poate interveni numai în cazul în care tripla identitate de părți, obiect și cauză survine ca urmare a unei cereri adiționale deoarece, așa cum am arătat și mai sus, în cazul în care cele două cereri prezintă de la bun început același cadrul procesual, fie sunt înregistrate sub un singur număr și alcătuiesc un singur dosar, dacă sunt depuse în aceeași zi, fie se repartizează la același complet, dacă sunt înregistrate în zile diferite. Dacă, ulterior înregistrării lor ca cereri cu un cadru procesual diferit, elementele devin identice în virtutea unei modificări a uneia dintre ele sau a amândurora, se creează starea de litispendență, atunci când cele două cereri se află pe rolul aceluiași complet sau aceleiași secții, iar dacă se află pe rolul unor completuri sau secții cu specializare diferită, se va invoca excepția de necompetență funcțională în fața completului sau secției devenite necompetente funcțional ca urmare a modificării. Dacă ambele completuri sau secții se declară competente, respingând excepțiile de necompetență funcțională sau, după caz, a fost depășit momentul procesual până la care aceasta ar putea fi invocată atunci când se sesizează apariția acestei situații, devine actual conflictul pozitiv de competență care va fi soluționat de secția corespunzătoare specializării completului sau secției de la instanța inferioară care a declarat actual conflictul. Ca și în situația în care cererile sunt introduse la instanțe diferite, și în această situație, respingerea excepției de litispendență nu poate conduce la conflict pozitiv, cu atât mai mult cu cât, dacă cererile sunt introduse la aceeași instanță, se va putea determina întotdeauna care a fost mai întâi introdusă (aplicându-se regula potrivit căreia reunirea se va face la dosarul cu număr mai mic). Având în vedere regulile de înregistrare și repartizare a cauzelor prevăzute de Regulament și la care am făcut referire mai sus, este greu de crezut că în practică ar putea apărea un conflict pozitiv de competență funcțională,

---

*nr. 138/2014*, disponibil pe site-ul [www.juridice.ro](http://www.juridice.ro), vizitat la 06.03.2015) că noțiunea de necompetență funcțională nu este întru totul corectă, deoarece normele care reglementează specializarea completurilor și secțiilor sunt norme de organizare judiciară, nu norme de competență, dispozițiile legale referitoare la excepția de necompetență și la conflictul de competență aplicându-li-se prin asemănare, așa cum prevede art. 136 alin. (1) și art. 200 alin. (1)<sup>1)</sup> teza finală C. proc. civ. Cu privire la „ficțiunea” transformării secțiilor specializate și a completurilor specializate în „instanțe”, susceptibile de a se afla în conflicte de competență, precum și pentru o succintă analiză a doctrinei franceze asupra acestei chestiuni, a se vedea I. Deleanu, *Tratat...*, p. 756, nota de subsol 1.

Aplicând prin asemănare aceste reguli, considerăm că așa-zisei excepții de necompetență funcțională sau specializată trebuie să i se aplice același regim juridic ca și necompetenței materiale, de care se apropie cel mai mult ca criterii de determinare și logică funcțională. Prin urmare, excepția „necompetenței” funcționale sau specializate a completului sau secției nu ar putea fi invocată decât cel mai târziu la primul termen la care părțile sunt legal citate, depășirea acestui moment atrăgând decăderea.

<sup>13)</sup> Pentru detalii privind determinarea secției instanței superioare care soluționează conflictul într-o astfel de situație, a se vedea Gh. Piperea ș.a., *op. cit.*, p. 166.

cu atât mai mult cu cât completul căruia i-a fost repartizată aleatoriu cauza își verifică cu prioritate specializarea, chiar înainte de a face verificarea formală a cererii de chemare în judecată, potrivit art. 200 alin. (1) și alin. (1<sup>1</sup>) C. proc. civ.<sup>14)</sup>

### 3. Concluzii

Litispendența și conflictul pozitiv, deși au o ipoteză comună, anume aceea a sesizării unor instanțe diferite, prin cereri distincte, cu soluționarea aceleiași acțiuni, acționează în situații diferite: litispendența presupune ca ambele instanțe sesizate să fie deopotrivă competente, conflictul pozitiv ca doar una dintre instanțe să fie competentă, însă ambele să se declare competente. Starea de litispendență nu poate fi soluționată prin invocarea excepției de necompetență, în timp ce conflictul pozitiv este rezultatul soluționării greșite a excepției de necompetență de către una dintre instanțele sesizate. La conflictul pozitiv, instanța ierarhic superioară comună care îl soluționează va stabili care instanță dintre cele care s-au declarat deopotrivă competente a greșit și care a avut dreptate cu privire la această chestiune. La litispendență, atât timp cât ambele instanțe sunt, *ex lege*, competente, invocarea excepției de necompetență nu poate produce niciun efect. Dacă însă excepția de litispendență este respinsă, pe motiv că nu este întrunită cerința substanțială a triplei identități de părți, obiect și cauză, judecata continuă în fața fiecărei instanțe sesizate, urmând ca soluția asupra excepției să fie, eventual, verificată de instanța de control judiciar după finalizarea judecării pe fond și dezinvestirea instanței. A considera contrariul ar însemna să acceptăm că aceeași instanță apreciază, la același moment sau chiar la momente diferite, că pricinile nu sunt identice (atunci când respinge excepția de litispendență), dar că de fapt ele sunt identice (atunci când constată ivit conflictul pozitiv). Or, așa cum am arătat, o astfel de ipoteză nu poate fi acceptată, nici rațional, nici procedural.

---

<sup>14)</sup> G. Boroș, M. Stancu, *op. cit.*, p. 262-263.

# MARJA DE APRECIERE A JUDECĂTORULUI PENAL ÎN APLICAREA CONFISCĂRII EXTINSE\*

Lect. univ. dr. Flaviu CIOPEC\*\*  
Facultatea de Drept  
Universitatea de Vest Timișoara

## § The judge's margin of appreciation in ruling upon extended confiscation in a criminal trial

### Abstract:

*The institution of extended confiscation has inevitably entailed the change of some classical concepts of criminal law, being the expression of a particular way of achieving penal repression, in the context of the fight against organized crime and corruption. The extended confiscation mechanism implies resorting to vague notions, such as “the judge’s conviction” or “obvious disproportion” and using a lower evidentiary standard (indirect or circumstantial evidence) for proving the crime activities which led to the obtainment of goods whose legal source cannot be pointed out. Also, an essential role will be played by legal reasonable presumptions, such as the person’s living standard. All these elements represent important challenges, to which the judge is confronted, since he is called for to preserve a balance between the guarantee of fundamental rights and the public interest for an efficient penal repression. Redefining the criminal law judge’s margin of appreciation thus represents an outstanding concern and justifies the highlight of certain coordinates in this sense.*

**Keywords:** extended confiscation; the judge’s margin of appreciation; the court’s conviction; extralegal presumptions; evidentiary standard.

Chestiunea pe care doresc să o abordez în prezentul studiu este legată de evenimente relativ recente în domeniul represiunii penale, generate de necesitatea articulării

\* 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.

\*\* Cercetător postdoctoral în cadrul proiectului „Burse Universitare în România prin Sprijin European pentru Doctoranzi și Post-doctoranzi”, ID 133255; Contact: flaviu.ciopec@e-uvf.ro.

unui mecanism eficient de confiscare a bunurilor provenite din infracțiuni. Agitația în legătură cu acest subiect ocazionată la nivel european a produs, inevitabil, consecințe și în dreptul nostru intern. Voi rememora pe scurt punctele esențiale din această istorie recentă, pentru a marca mai bine problemele pe care doresc să le discut.

Mai întâi, la Strasbourg, se adoptă, la 8 noiembrie 1990, Convenția europeană privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii. România semnează Convenția la 18 martie 1997. Este primul instrument european consacrat confiscării bunurilor ce provin din infracțiune. Trei obligații principale creează acest instrument pentru orice stat semnatar:

- a) Obligația de a adopta măsurile legislative și măsurile care se dovedesc necesare pentru a-i permite să confişte instrumente și produse sau bunuri a căror valoare corespunde acestor produse (art. 2).
- b) Obligația de a adopta măsurile legislative și măsurile care se dovedesc necesare pentru a conferi caracterul de infracțiune, conform dreptului său intern, faptelor de spălare a banilor, atunci când sunt comise cu intenție (art. 6).
- c) Obligația de a adopta măsurile legislative și măsurile care se vor dovedi necesare pentru a-i permite să răspundă cererilor de confiscare a bunurilor specifice reprezentând produse sau instrumente, precum și de confiscare a produselor constând în obligația de a plăti o sumă de bani corespunzătoare valorii produsului (art. 7).

La 31 iulie 1997, ca o consecință imediată a semnării Convenției, Guvernul României trimite Parlamentului proiectul Legii privind prevenirea și sancționarea spălării banilor. Legea se adoptă sub nr. 21 la 17 decembrie 1998<sup>1)</sup> și incriminează faptele de spălare de bani (art. 23), precum și confiscarea, în condițiile Codului penal, a bunurilor care fac obiectul infracțiunii, iar în ipoteza în care acestea nu se găsesc, infractorul este obligat la plata echivalentului lor în bani. Legea română nu conține nicio referință la confiscarea extinsă.

Contemporan cu reglementarea națională, Consiliul Uniunii Europene inițiază o ACȚIUNE COMUNĂ (98/699/JAI) la 3 decembrie 1998 privind spălarea banilor, identificarea, urmărirea, înghețarea sau sechestrarea și confiscarea instrumentelor și a produselor infracțiunii<sup>2)</sup>. În calitate de stat candidat la aderarea la Uniunea Europeană, România a urmărit armonizarea legislației sale interne și a utilizat prevederile Acțiunii comune ca sursă de inspirație pentru noua reglementare internă privind spălarea banilor<sup>3)</sup>. Guvernul face o nouă propunere legislativă la 11 aprilie 2002, aproape concomitent cu inițiativa de finalizare a procedurii de ratificare a Convenției de la Strasbourg (30 ianuarie 2002). La 15 mai 2002 se adoptă Legea nr. 263 de ratificare a Convenției<sup>4)</sup>, iar la 7 decembrie Legea nr. 656 de prevenire și sancționare a spălării banilor<sup>5)</sup>. În privința măsurii confiscării, noua lege conține prevederi similare cu reglementarea anterioară.

<sup>1)</sup> Publicată în M. Of. nr. 18 din 21 ianuarie 1999.

<sup>2)</sup> Publicată în Jurnalul Oficial nr. L333 din 9 decembrie 1998.

<sup>3)</sup> A se vedea Avizul Consiliului Legislativ la proiectul Legii nr. 656/2002 disponibil la adresa <http://www.cdep.ro/proiecte/2002/200/80/2/cl282.pdf>.

<sup>4)</sup> Publicată în M. Of. nr. 353 din 28 mai 2002.

<sup>5)</sup> Publicată în M. Of. nr. 904 din 12 decembrie 2002.

La nivel european, eforturile se intensifică. La 26 iunie 2001 se adoptă Decizia-cadru a Consiliului (2001/500/JAI) privind spălarea banilor, identificarea, urmărirea, înghețarea, sechestrarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunii<sup>6)</sup>. Pentru a intensifica lupta împotriva criminalității organizate, Decizia-cadru impune statelor membre să adopte măsurile necesare pentru a nu formula sau a nu menține nicio rezervă cu privire la Convenția din 1990 (art. 1). În plus, fiecare stat membru este ținut să adopte măsurile necesare pentru ca legislația și procedurile sale privind confiscarea produselor infracțiunii să permită, cel puțin în cazul în care aceste produse nu pot fi sechestrate, confiscarea unor bunuri de valoare corespunzătoare valorii produselor, atât în cadrul procedurilor pur interne, cât și în cadrul procedurilor inițiate la cererea altui stat membru, inclusiv a cererilor de executare a ordinelor de confiscare străine (art. 2). Cu toate acestea, statele membre vor putea exclude de la confiscare bunurile de valoare corespunzătoare valorii produselor infracțiunii, în cazurile în care această valoare ar fi mai mică de 4.000 EUR. În esență, Decizia-cadru conține dispoziții similare cu ale Acțiunii comune din 1998, ale cărei efecte le preia în contextul noii arhitecturi europene<sup>7)</sup>. Decizia-cadru nu are în vedere nicio referire la confiscarea extinsă.

Asemenea dispoziții au fost introduse prima dată prin Decizia-cadru a Consiliului (2005/212/JAI) din 24 februarie 2005 privind confiscarea produselor, a instrumentelor și a bunurilor având legătură cu infracțiunea<sup>8)</sup>. Conform art. 3 din Decizia-cadru, fiecare stat membru ia măsurile necesare pentru a-i permite acestuia să confişte cel puțin:

- a) în cazul în care o instanță națională este convinsă pe deplin, pe baza unor fapte specifice, că bunurile respective sunt rezultatul unor activități infracționale desfășurate de persoana condamnată în cursul unei perioade anterioare condamnării pentru infracțiunea prevăzută la alineatul (1) care este considerată rezonabilă de către instanță, având în vedere împrejurările cauzei, sau alternativ;
- b) în cazul în care o instanță națională este convinsă pe deplin, pe baza unor fapte specifice, că bunurile respective sunt rezultatul unor activități infracționale similare desfășurate de persoana condamnată în cursul unei perioade anterioare condamnării pentru infracțiunea prevăzută la alineatul (1) care este considerată rezonabilă de către instanță, având în vedere împrejurările cauzei, sau, alternativ;
- c) în cazul în care se stabilește că valoarea bunurilor este disproporționată în raport cu veniturile legale ale persoanei condamnate și o instanță națională este convinsă pe deplin, pe baza unor fapte specifice, că bunurile respective sunt rezultatul unor activități infracționale desfășurate de persoana condamnată.

<sup>6)</sup> Publicată în Jurnalul Oficial nr. L182 din 05 iulie 2001.

<sup>7)</sup> Deciziile-cadru au fost create prin Tratatul de la Amsterdam, pentru a funcționa în cadrul pilonului III „Justiție și afaceri interne” în interiorul spațiului comun european de libertate, securitate și justiție, și au înlocuit Acțiunile comune ce erau instrumente juridice valabile potrivit Tratatului de la Maastricht.

<sup>8)</sup> Publicată în Jurnalul Oficial nr. L 068 din 15 martie 2005.

Deși această decizie trebuie transpusă în dreptul intern până la 15 martie 2007, obligație ce revenea și României, în calitate de membru al Uniunii, transpunerea s-a realizat cu 5 ani întârziere.

Prin Legea nr. 63 din 17 aprilie 2012<sup>9)</sup> a fost operată o modificare a Codului penal român din 1969 prin introducerea art. 1182, precum și a noului Cod penal din 2014 prin inserarea art. 1121, ambele amendamente având legătură cu instituția confiscării extinse. Conform dispozițiilor legale nou-introduse:

(1) Sunt supuse confiscării și alte bunuri decât cele menționate la articolul referitor la confiscarea specială, în cazul în care persoana este condamnată pentru comiterea uneia dintre infracțiunile din listă, dacă fapta este susceptibilă să îi procure un folos material și pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 4 ani sau mai mare.

(2) Confiscarea extinsă se dispune dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

a) valoarea bunurilor dobândite de persoana condamnată, într-o perioadă de 5 ani înainte și, dacă este cazul, după momentul săvârșirii infracțiunii, până la data emiterii actului de sesizare a instanței, depășește în mod vădit veniturile obținute de aceasta în mod licit;

b) instanța are convingerea că bunurile respective provin din activități infracționale de natura celor prevăzute în listă. [...]

(5) La stabilirea diferenței dintre veniturile licite și valoarea bunurilor dobândite se vor avea în vedere valoarea bunurilor la data dobândirii lor și cheltuielile făcute de persoana condamnată și membrii familiei acesteia.

(6) Dacă bunurile supuse confiscării nu se găsesc, în locul lor se confiscă bani și bunuri până la concurența valorii acestora.

(7) Se confiscă, de asemenea, bunurile și banii obținuți din exploatarea sau folosirea bunurilor supuse confiscării, precum și bunurile produse de acestea.

(8) Confiscarea nu poate depăși valoarea bunurilor dobândite în perioada prevăzută la alin. (2), care excedează nivelului veniturilor licite ale persoanei condamnate.

La momentul prezent, Deciziile-cadru 2001/500/JAI și 2005/212/JAI sunt în poziția de a fi înlocuite, în privința dispozițiilor referitoare la confiscarea extinsă, printr-un instrument nou<sup>10)</sup>, i.e. Directiva 2014/42/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 privind înghețarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană<sup>11)</sup>. Noua reglementare trebuie transpusă până în 4 octombrie 2015 și impune obligații noi, precum:

Art. 5 (1) - Statele membre vor adopta măsurile necesare pentru a permite confiscarea, totală sau parțială, a bunurilor unei persoane condamnate ca urmare a săvârșirii unei infracțiuni care este susceptibilă să genereze, în mod direct sau indirect, beneficii economice, atunci când, în baza circumstanțelor cauzei, inclusiv a elementelor de fapt și a probelor disponibile, cum ar fi faptul că valoarea bunurilor este disproporționată în raport cu venitul legal al persoanei condamnate, o instanță consideră că bunurile în cauză au fost obținute din activități infracționale.

<sup>9)</sup> Publicată în M. Of. nr. 258 din 19 aprilie 2012.

<sup>10)</sup> Tratatul de la Lisabona a înlocuit Deciziile-cadru prin Directive în spațiul european comun de libertate, securitate și justiție [art. 83 alin. (1) din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene].

<sup>11)</sup> Publicată în Jurnalul Oficial nr. L 127 din 29 aprilie 2014.

Art. 6 (1) - Statele membre vor adopta măsurile necesare pentru a permite confiscarea produselor sau a altor bunuri a căror valoare corespunde produselor care, în mod direct sau indirect, au fost transferate de o persoană suspectată sau învinuită către terți sau care au fost dobândite de terți de la o persoană suspectată sau învinuită, cel puțin în cazurile în care terții știau sau ar fi trebuit să știe faptul că scopul transferului sau al achiziționării era evitarea confiscării, pe baza unor elemente de fapt și circumstanțe concrete, inclusiv a faptului că transferul sau dobândirea a avut loc în mod gratuit sau în schimbul unei sume de bani semnificativ mai reduse decât valoarea de piață a bunurilor.

O privire scurtă asupra argumentelor indicate în preambulul instrumentelor juridice prezentate mai sus lasă să se vadă preocuparea constantă a legislatorului european pentru ameliorarea cadrului normativ în care operează confiscarea bunurilor obținute din infracțiuni. Această măsură, aplicată în atmosfera tradițională a dreptului penal, reclamă standarde de probă ridicate, apte să traducă o legătură de cauzalitate puternică și solidă între infracțiune și produsul ei. Confiscarea poate fi ușor respinsă de o instanță penală, dacă acuizarea (procurorul) nu probează cu suficientă certitudine faptul că bunurile susceptibile de confiscare provin din infracțiuni. Situația se agravează în cazul criminalității organizate, unde dificultatea probatorie crește considerabil față de modul specific de structurare a grupului criminal, ce lasă foarte puține posibilități de a stabili o conexiune între liderii grupului (cei mai mari beneficiari ai activității criminale) și comiterea anumitor infracțiuni. În plus, distanța în timp, uneori apreciabilă, între comiterea primelor infracțiuni, dobândirea bunurilor și o eventuală condamnare a infractorului închide orice posibilitate rezonabilă de a proba că persoana în cauză a obținut beneficii de pe urma unei asemenea activități. Astfel, chiar și în ipoteza unei condamnări, confiscarea nu poate interveni decât cu titlu special, în legătură de cauzalitate directă cu infracțiunea pentru a intervenit hotărârea judecătorească. Instanța penală nu se poate atinge de averea obținută în trecut, din infracțiuni identice sau similare, și care nu a făcut obiectul procesului penal.

Eficientizarea mecanismului de confiscare a produselor ce provin din infracțiuni a presupus identificarea mai multor soluții:

- Renunțarea la cerința unei legături de cauzalitate solide între infracțiune și produsele acesteia;
- Diluarea garanțiilor procedurale penale clasice, precum răsturnarea sarcinii probei ori renunțarea la standarde de probă ridicate.

Această ofensivă împotriva modului tradițional de a realiza represiunea generează confruntări serioase cu o serie de principii: prezumția dobândirii licite a averii, prezumția de nevinovăție, principiul neretroactivității legii penale, principiul dreptului la un proces echitabil, principiul securității juridice etc. Deși esențială, o asemenea discuție nu își are locul aici<sup>12)</sup>. Obiectivul prezentului studiu este de a identifica maniera în care judecătorul penal trebuie să se raporteze la provocările aduse

<sup>12)</sup> Pentru a o analiză a acestor probleme a se vedea Fl. Ciopec, *Standardele juridice în pericol? Cazul confiscării extinse*, în volumul *Controverse în aplicarea și interpretarea legislației penale în România și Ungaria*, Conferința Bienală (ed. a X-a) organizată de Facultatea de Drept din Timișoara, Ed. Universul Juridic, București, 2015.

de noua instituție, cu accentuarea rolului pe care acesta trebuie să îl exercite în privința menținerii unui echilibru între protecția interesului public, eficiența demersului penal represiv și garantarea drepturilor fundamentale. În acest context, marja de apreciere a judecătorului penal comportă o redefinire cu care dreptul nostru nu este foarte bine asezat.

Studiul face o analiză pe trei dimensiuni:

(i) care este standardul probatoriu necesar pentru a se putea dispune confiscarea extinsă? Această problemă presupune explicitarea gradului de convingere pe care trebuie să-l aibă instanța pentru a dispune măsura.

(ii) în ce măsură este admisibilă folosirea prezumțiilor pentru formarea convingerii judecătorului? Această problemă are în vedere amplitudinea utilizării prezumțiilor legale și judiciare în materie.

(iii) dacă măsura confiscării extinse trebuie să răspundă unor cerințe de echitate? Această problemă vizează analiza caracterului proporționalității măsurii cu scopul declarat, i.e. eficiența confiscării produselor ce provin din infracțiuni.

### (i) Standardul probatoriu

Decizia-cadru 2005/212/JAI a introdus puteri extinse în materie de confiscare. Astfel, fiecare stat membru trebuie să permită instanțelor naționale să confişte bunurile ce derivă din activități infracționale ale persoanei condamnate desfășurate în cursul unei perioade anterioare pronunțării condamnării, bunurile ce provin din activități infracționale similare ale persoanei condamnate în aceeași perioadă de timp, precum și bunurile ce sunt rezultatul unei activități infracționale și a căror valoare este disproporționată în raport de veniturile legale ale persoanei condamnate.

Este clar faptul că măsura afectează bunuri pentru care nu s-a pronunțat și nici nu se va pronunța o hotărâre de condamnare, în condițiile în care instanța penală nu a fost sesizată cu judecarea faptelor din care provin respectivele bunuri și nu se va mai proceda la determinarea exactă a tuturor elementelor de tipicitate a acestora, așa cum s-a avut în vedere la pronunțarea condamnării. De aceea, textul Deciziei-cadru glisează de la noțiunea de infracțiune, utilizată în contextul condamnării, la noțiunea de activitate infracțională, folosită în legătură cu confiscarea. Ce standard probatoriu utilizează judecătorul pentru a decide că bunurile dobândite în perioada anterioară condamnării sunt rezultatul unor activități infracționale?

Dacă s-ar utiliza standardul probatoriu tipic pentru pronunțarea unei condamnări [dincolo de orice îndoială rezonabilă - art. 100 alin. (2) și 396 alin. (2) C. proc. pen.], atunci ar însemna că operează o egalizare a condițiilor în care se dispune confiscarea extinsă cu confiscarea specială, subsecventă condamnării. Terminologia folosită de instrumentul european pare a ne duce la această concluzie („instanța este *pe deplin convinsă*<sup>13)</sup>). O astfel de interpretare nu ar reprezenta o reducere efectivă a sarcinii probei și ar afecta în mod evident eficiența confiscării extinse.

Prin urmare, s-ar impune o reevaluare a standardului probatoriu la un nivel mai scăzut decât cel necesar pentru o condamnare. Această perspectivă a fost avută în vedere de art. 5 al Directivei 2014/42/UE ce se referă la împrejurarea că „instanță

<sup>13)</sup> În original în limba engleză „a court...is fully convinced”.



consideră că bunurile în cauză au fost obținute din activități infracționale<sup>14)</sup>. Aceeași pare a fi situația și în dreptul nostru, unde art. 112<sup>1</sup> C. pen. prevede că „instanța are convingerea că bunurile respective provin din activități infracționale”. Se impune a fi precizat și faptul că noul standard al convingerii a reprezentat o opțiune a legislatorului european în condițiile în care Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind înghețarea și confiscarea produselor provenite din săvârșirea de infracțiuni în Uniunea Europeană [COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD)] reglementa un alt standard în termenii: „o instanță consideră că este mult mai probabil ca bunurile în cauză să fi fost obținute de persoana condamnată din activități infracționale similare decât din orice alte activități”.

În doctrină<sup>15)</sup>, s-a apreciat că Propunerea trimite la un standard intermediar, situat între cel al simplei convingeri (balanța probabilităților) și cel al convingerii dincolo de orice îndoială rezonabilă, respectiv cel al unei balanțe calificate a probabilităților.

Este permis ca în privința confiscării extinse să opereze cu un standard probatoriu inferior? Am văzut că reducerea exigențelor este necesară pentru a eficientiza măsura. Dar este ea legitimă?

Răspunsul la această chestiune este legat de natura confiscării extinse, respectiv dacă este o pedeapsă sau o măsură de siguranță<sup>16)</sup>. Chestiunea, deși tranșată în dreptul nostru prin includerea confiscării extinse în cadrul măsurilor de siguranță, nu este pe deplin lămurită. Astfel, deși nu este o pedeapsă *stricto sensu* nu se poate nega faptul că există mai multe similitudini cu regimul pedepselor (complementare) care permit o asemenea ipoteză<sup>17)</sup>.

Decizia-cadru 2005/212/JAI prevede în art. 1 o definiție a confiscării, ca fiind „o pedeapsă sau o măsură dispusă de o instanță în urma unei proceduri în legătură cu o infracțiune sau infracțiuni, având ca rezultat deposedarea definitivă de bunul respectiv”. Apoi, asemenea pedepselor complementare, măsura confiscării extinse se va putea dispune doar în considerarea unei infracțiuni, spre deosebire de măsurile de siguranță ce au în considerare o faptă prevăzută de legea penală<sup>18)</sup>. În plus, în lupta împotriva criminalității organizate, Directiva 2014/42/UE a adoptat reglementări pe principiul *actio in rem*, care vizează înlăturarea stării de pericolozitate obiectivă generată de posesia bunurilor obținute ilicit, ce creează premisa săvârșirii altor infracțiuni. Confiscarea este determinată de o pericolozitate *in rem*<sup>19)</sup>, justificată de caracterul ilicit

<sup>14)</sup> Traducerea oficială a Directivei nu reflectă în totalitate complexitatea textului original din limba engleză „when a court [...] is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct”.

<sup>15)</sup> J. Boucht, *Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice vol. 21, nr. 2, 2013, p. 137.

<sup>16)</sup> A se vedea Fl. Ciopec, *op. cit.*

<sup>17)</sup> M. Gorunescu, C. Toader, *Confiscarea extinsă - din contencios constituțional, în contencios administrativ și fiscal spre contencios penal*, Dreptul nr. 9/2012, București, p. 102.

<sup>18)</sup> S.-D. Socol, *Confiscarea extinsă în reglementarea noului Cod penal*, Caiete de drept penal nr. 2/2012, București, p. 110.

<sup>19)</sup> V. Pașca, *Prezumția caracterului ilicit al dobândirii proprietății și confiscarea extinsă*, în L. Bercea (ed.) 20 de ani de învățământ juridic la Timișoara. În *honorem* Radu I. Motica, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 448.

al dobândirii, iar nu de gravitatea infracțiunii, ceea ce o delimitează de măsurile de siguranță ce privesc un anume statut al persoanei, și anume pericolozitatea sa.

În consecință, pentru a explicita ce tip de standard probatoriu este implicat în decizia asupra confiscării extinse, trebuie avut în vedere că, în principiu, un standard foarte scăzut prezintă un risc ridicat de arbitrar. Astfel, standardul balanței probabilităților, standard în esență cantitativ, nu este adecvat față de consecințele foarte serioase pe care le produce măsura. Riscul este potențat de faptul că Directiva 2014/42/UE s-a îndepărtat de la prevederile Deciziei-cadru 2005/212/JAI ce limita aplicarea măsurii la infracțiunile comise în cadrul unui grup criminal organizat, *i.e.* infracțiuni de gravitate ridicată.

Astfel, generalizarea aplicării măsurii și la alte situații, de ex. cazul persoanei infractor primar ce comite o infracțiune dintre cele identificate în lista de incriminări compatibile cu confiscarea extinsă, pare o măsură disproporționată față de obiectivul european definitiv în art. 83 alin. (1) TFUE: „(1) Parlamentul European și Consiliul, hotărând prin directive în conformitate cu procedura legislativă ordinară, pot stabili norme minime cu privire la definirea infracțiunilor și a sancțiunilor în domeniul *criminalității de o gravitate deosebită de dimensiune transfrontalieră* ce rezultă din natura sau impactul acestor infracțiuni ori din nevoia specială de a le combate pornind de la o bază comună. Aceste domenii ale criminalității sunt următoarele: terorismul, traficul de persoane și exploatarea sexuală a femeilor și a copiilor, traficul ilicit de droguri, traficul ilicit de arme, spălarea banilor, corupția, contrafacerea mijloacelor de plată, criminalitatea informatică și criminalitatea organizată. În funcție de evoluția criminalității, Consiliul poate adopta o decizie care să identifice alte domenii ale criminalității care îndeplinesc criteriile prevăzute la prezentul alineat”.

Cât timp nu sunt întrunite condițiile de gravitate deosebită ce justifică măsura confiscării, ea nu ar trebui aplicată de manieră facilă și pe baza unui standard probatoriu minimal. De aceea standardul intermediar propus, cel al balanței calificate a probabilităților (apreciat ca implicând un procentaj de încredere de 70-80%) pare a fi cel mai indicat. Din păcate, dreptul nostru nu este familiarizat cu asemenea concepte, ceea ce înseamnă că formarea convingerii instanței rămâne o operațiune destul de puțin controlabilă anticipat.

## (ii) Utilizarea prezumțiilor

Două tipuri de prezumții ar putea fi implicate în decizia asupra confiscării extinse: prezumțiile legale și cele judiciare (de fapt). În esență, chestiunea este de a ști dacă instanța poate să-și formeze convingerea și ajunge la standardul probatoriu analizat anterior, uzând de prezumții. În primul caz, prezumția legală ce ar putea fi utilă judecătorului ar fi cea ce derivă din răsturnarea sarcinii probei. Astfel, dacă persoana condamnată, căreia i-ar reveni sarcina probei, nu reușește să arate că bunurile pe care le deține nu provin din activități infracționale de natura sau similare celor pentru care a intervenit condamnarea sau eșuează în a indica sursele legitime ale averii sale, atunci judecătorul ar fi în drept să rețină aspectele respective ca fiind dovedite și să procedeze la confiscarea extinsă. Altfel spus, persoanei condamnate îi revine obligația să dovedească, în raport de un anumit standard probator, faptul

contrar ce rezultă din prezumția legală.

Curtea de la Strasbourg a decis că utilizarea prezumțiilor legale nu este total incompatibilă cu Convenția, dacă se au în vedere câteva condiții: respectarea drepturilor apărării și a caracterului echitabil al procesului, precum și importanța consecințelor în cazul concret asupra drepturilor fundamentale<sup>20)</sup>. Cu toată această rezervă introducerea în sistemele penale a mecanismului răsturnării sarcinii probei a întâmpinat o serioasă rezistență pe plan constituțional în statele membre. România nu face excepție. Cu o variantă de constituționalism apreciat ca singular și excepțional<sup>21)</sup>, România a amânat transpunerea instituției confiscării extinse întrucât exista riscul afectării prezumției dobândirii licite a averii, înscrisă în art. 44 alin. (8) din Constituție. Curtea noastră Constituțională s-a poziționat clar față de încercările de înlătură sau răsturna sarcina probei în privința caracterului licit al averii, statuând în jurisprudența sa că acestea au semnificația suprimării unei garanții constituționale a dreptului de proprietate și prin urmare sunt neconstituționale. În consecință, cel puțin dreptul nostru, ipoteza existenței unei prezumții legale cu finalitatea răsturnării sarcinii probei nu poate fi primită.

Cu privire la modul de utilizare a prezumțiilor, cazul Marii Britanii este semnificativ. Conform secțiunii 6 din Proceeds of Crime Act (PoCA, 2002), confiscarea extinsă se dispune dacă instanța decide că o persoană are un stil de viață infracțional, definit în secțiunea 75 a aceluiași act, dacă este îndeplinită oricare din următoarele condiții:

- a comis o infracțiune de trafic ilicit de droguri, spălare a banilor, terorism sau trafic de persoane;
- a comis o infracțiune pe o perioadă de cel puțin 6 luni și a beneficiat de pe urma acesteia;
- a comis o infracțiune ce reprezintă un comportament apartenent unei activități infracționale continue (de ex. condamnarea pentru trei sau mai multe infracțiuni asociate cu beneficii pentru persoana în cauză).
- obținerea unui beneficiu de minimum 5.000 lire.

Dacă instanța a ajuns la concluzia că o persoană are un stil de viață infracțional, pe baza celor de mai sus, va opera cu 4 prezumții pentru a decide dacă și cât de mult a beneficiat infractorul de pe urma comportamentului său (secțiunea 10): (a) orice bunuri transferate către infractor după momentul considerat relevant de către instanță vor fi considerate ca provenind din activitate infracțională; (b) orice bunuri deținute de infractor după condamnarea sa vor fi considerate ca provenind dintr-o activitate infracțională; (c) orice tip de cheltuieli suportate de infractor după momentul considerat relevant de către instanță vor fi considerate ca fiind suportate din bunuri provenind din activitate infracțională; (d) în scopul evaluării bunurilor obținute sau susceptibil de a fi obținute de către infractor, se va considera că acestea

<sup>20)</sup> Cauza *Salabiaku c. Franței*, hotărârea din 7 octombrie 1998, paragraful 28; cauza *Janosevic c. Suediei*, hotărârea din 23 iulie 2002, paragrafele 101-102; cauza *Philips c. Marii Britanii*, hotărârea din 5 iulie 2001, paragraful 40, disponibile la adresa [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>21)</sup> C. Valentin, *Cât costă drepturile fundamentale ?* Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 3/2014, Ed. C.H. Beck, București, p. 15.

sunt libere de orice sarcini. În toate cazurile însă, instanța nu va uza de prezumțiile amintite, dacă rezultă că utilizarea lor nu este conformă cu realitatea sau există un risc considerabil de injustiție derivat din folosirea lor.

Cu privire la utilizarea prezumțiilor judiciare (de fapt), Curtea noastră Constituțională a oferit printr-un *dictum* un răspuns la această chestiune. Prin decizia pronunțată<sup>22)</sup>, Curtea a statuat că: „Astfel, în ceea ce privește măsura confiscării extinse, în vederea stabilirii standardului de probă, Curtea Constituțională reține că nu trebuie plecat de la premisa că prezumția dobândirii licite a averii poate fi răsturnată doar prin probe, respectiv prin probarea faptului ca bunurile în cauză provin din comiterea de infracțiuni. Dacă aceasta ar fi abordarea, confiscarea extinsă ar fi lipsită de orice rațiune de a exista, căci dacă se ajunge la probarea fiecărui act infracțional din care provin anumite bunuri, se va ajunge și la condamnarea autorului pentru aceste acte, și deci la confiscarea specială a bunurilor astfel obținute, nemaigăsindu-și utilitatea măsura confiscării extinse. Prin urmare, o prezumție legală relativă poate fi răsturnată nu doar prin probe, ci și prin prezumții simple, fapt statuat și în doctrină”. Rezultă, deci, că instanța va putea utiliza o serie de prezumții de fapt pentru a-și forma convingerea că averea persoanei în cauză provine din fapte de natura celor pentru care a pronunțat condamnarea.

Există astfel destule practici ce par a configura conturarea unei marje de apreciere a judecătorului pornind de la prezumții, ce dispensează până într-un anumit punct de administrarea unor probe. Reducerea calității standardului, de care am vorbit în secțiunea anterioară, ar trebui totuși corelată cu valoarea bunurilor reprezentând produse ale infracțiunii, fiind de așteptat ca în lipsa unei valori semnificative, confiscarea extinsă, ca măsură radicală, să nu opereze. Decizia-cadru 2005/212/JAI fixa un prag al valorii nu mai mic de 4.000 EUR. Directiva recentă l-a eliminat. De asemenea, legea internă nu conține nicio referire în acest sens. Exemplul legii engleze (existența unui beneficiu de minimum 5.000 lire) este o lecție ce ar trebui asumată.

Riscul unei aplicări prea generale a confiscării extinse constă în aprecierea ei ca expresie a unei politici penale de escaladare excesivă a represiunii, risc cu care ne-am mai confruntat<sup>23)</sup>. Reamintim majorarea exagerată a limitelor de pedeapsă în Codul penal, originată în Legea nr. 140/1996, care a bulversat practica judiciară în materie de individualizare a pedepselor. Dacă se intră într-o asemenea logică, este posibil ca instanțele să trateze mefient noua instituție, întrucât aduce un plus de represiune neînțeleasă și periculoasă în sine, ceea ce ar distruge bunele intenții ce au stat la baza legiferării ei.

<sup>22)</sup> Decizia nr. 356 din 25 iunie 2014, paragrafele 39, 41, publicată în M. Of. nr. 691 din 22 septembrie 2014.

<sup>23)</sup> V. Cioclei, *Critica rațiunii penale. Studii de criminologie juridică și drept penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 10.

### (iii) Evaluarea proporționalității

Cât timp aplicarea confiscării extinse face parte din procedura de individualizare *lato sensu* a sancțiunii penale, este de așteptat ca judecătorul penal să aibă o responsabilitate suplimentară, aceea de a decide care sunt limitele confiscării pentru ca, printr-un exces de confiscare, să nu se ajungă la reactivarea unor instituții anacronice și care nu au locul în niciun sistem penal modern, *i.e.* confiscarea totală sau parțială a averii. A defini limitele confiscării înseamnă a identifica un echilibru între mijloace și scopuri, între obiectivele urmărite (eficiența confiscării produselor ce provin din infracțiuni) și maniera în care se realizează acestea.

Spațiul european, ce a simțit nevoia urgenței confiscării extinse, are un foarte bun reper în acest sens: art. 49 alin. (3) din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, care prevede că pedepsele nu trebuie să fie disproporționate față de infracțiune. Înțelegerea conceptului de proporționalitate se poate face în două sensuri<sup>24)</sup>. În sensul pozitiv, proporționalitatea ar presupune stabilirea unei măsuri exacte a cât de mult se poate confisca, ceea ce în mod evident nu poate fi o soluție rezonabilă. Quantumul exact al confiscării nu se poate determina *a priori*, el depinzând de elementele contingente ale fiecărui caz în parte. Faptul că vor apărea diferențe în privința aplicării măsurii, între condamnați, nu este de natură a ridica semne de întrebare cu privire la proporționalitate, întrucât respectivele persoane au un tratament penal diferit, întrucât se află în situații juridice diferite. În plus, întrucât confiscarea extinsă se bazează, ca mecanism, tocmai pe renunțarea la o legătură de cauzalitate solidă între infracțiune și produsele ei, o anumită doză de incertitudine va exista în orice situație. Despre o anumită parte a bunurilor confiscate nu se va putea spune cu certitudine niciodată că au o origine criminală clară. Dacă lucrurile un ar sta așa, atunci confiscarea extinsă devine inutilă, întrucât o dovadă clară de origine ar face aplicabilă instituția clasică a confiscării speciale.

De aceea, sensul ce ar trebui avut în vedere este cel al unei proporționalități negative, înțelesă ca limită ce nu ar putea fi depășită într-un caz concret. Din acest punct de vedere, confiscarea extinsă ar putea funcționa ca regulă de individualizare a sancțiunii penale, în sensul că sancțiunea totală aplicată (pedeapsa plus confiscarea, plus alte posibile sancțiuni) să nu depășească o măsură proporțională. Confiscarea specială s-ar putea, astfel, califica ca un factor de atenuare a pedepsei aplicate, fie sub forma pur cantitativă, fie sub forma individualizării unei modalități de executare a pedepsei fără priverie efectivă de libertate. Aceasta ar însemna că prețul plătit pentru renunțarea la standardele probatorii autentice ar fi o diminuare a sancțiunii *stricto sensu* și aplicarea fără restricții a confiscării extinse. Global, obiectivul proporționalității ar fi atins. Acest tip de operațiune implică o „aritmetică” penală destul de complicată, ce obligă pe judecător la multă atenție.

Proporționalitatea în sens negativ ar putea fi înțelesă și în sensul unei raportări concrete la confiscarea extinsă, prin introducerea unor limite în aplicarea acesteia *per se*. Limitări de acest gen se găsesc în alte legislații. De exemplu, capitolul 10 secțiunea 10 (1) din Codul penal finlandez prevede că măsura confiscării va putea fi restrânsă dacă rezultatul ei ar fi inechitabil, luând în considerare natura infracțiunii

<sup>24)</sup> J. Boucht, *op. cit.*, p. 154.

pentru care a intervenit condamnarea, bunurile susceptibile de confiscare, vulnerabilitatea economică a persoanei condamnate sau alte asemenea circumstanțe. În aceeași logică, capitolul 36 secțiunea 1b(4) a Codului penal finlandez reglementează posibilitatea renunțării la confiscarea extinsă dacă aceasta apare ca fiind rezonabilă, având în vedere celelalte obligații ce decurg din hotărârea de condamnare (de ex., amenda penală), caracterul îndelungat al deținerii bunurilor de către persoana condamnată sau, în cazul terților, buna lor credință la dobândirea unor bunuri ce provin din infracțiuni.

Așa cum arată exemplele de mai sus, o moderație în aplicarea confiscării extinse ridică problema reperelor în raport de care aceasta ar putea opera. Se pot avea în vedere mai multe ipoteze. În primul rând, confiscarea ar putea fi modelată de amploarea activității infracționale anterioare și pe care instanța o apreciază general, inclusiv pe bază de prezumții. Cu cât apare ca fiind mai consistentă această activitatea precedentă condamnării, cu atât mai mult se impune confiscarea. La limită, o activitate infracțională relativ debilă va trebui să se regăsească și într-o amplitudine corespunzătoare a confiscării. Criteriul nu pare foarte precis.

O altă soluție ar fi să se stabilească ca reper natura infracțiunii ce a determinat condamnarea. Cu cât această infracțiune este mai serioasă privită în mod global, cu atât și confiscarea trebuie să se aplice mai viguros. În consecință, o gravitate scăzută a faptei, un grad de culpabilitate redus sau caracterul de infractor primar (și alte elemente ce determină gravitatea unei infracțiuni) ar trebui avute în vedere la aplicarea confiscării. Această soluție pare a reduce riscul confiscării excesive a bunurilor unei persoane, întrucât este nerezonabil a se afirma că autorul unei infracțiuni de gravitate medie merită și o confiscare a bunurilor aflate în proprietatea sa, în aceeași măsură ca și unul ce a comis o infracțiune gravă.

În fine, o alternativă ar fi să se aplice confiscarea în raport de alte sancțiuni non-penale incidente în aceeași speță, de ex., amenzi administrative sau daune-interese civile.

Este cert că toate aceste operațiuni de proporționalizare (un alt nume pentru individualizare) introduc o putere de decizie a judecătorului ce ar putea fi apreciată ca discreționară. Teama este ușor de înlăturat dacă s-ar prevedea criteriile legale, similare celor utilizate la individualizarea pedepsei, care să permită definirea, chiar și la modul general, a marjei de apreciere a judecătorului.

# PROCEDURA INSOLVENȚEI GRUPULUI DE SOCIETĂȚI

*Prof. univ. dr. Viorel GĂINĂ,  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova*

## § The insolvency procedure of the group of companies

### **Abstract:**

*The group of companies can be in the regime of the Law no. 85/2014 the subject of an insolvency procedure.*

*In the concept of the new insolvency law, the group of companies consists of two or more companies linked by control and (or) owning of qualifying holdings.*

*The group of companies is subject to insolvency procedure both to general insolvency rules and also to special provisions derogating from them.*

*The competence of the open insolvency procedure application opened against some members of the group of companies following a joint application, belongs to the court having territorial jurisdiction is headquartered parent or as the case, the company with the highest turnover according to a published financial situation of all member companies of the group.*

*The general meetings of shareholders shall appoint the same administrator of the group members specifically for each group member.*

*The creditors committees, designated for each group member, subject to insolvency procedure will meet at least quarterly to make recommendations regarding the activity of borrowers and the proposed reorganization plans.*

*The receiver appointed for each group member has the standing to propose a reorganization plan in the procedure or procedures of other members.*

*The receivers of the insolvent group members are required to cooperate in order to develop consistent and coordinated reorganization plans.*

*A group member may enter into a loan agreement with another member of the group after the opening of insolvency procedure or can guarantee the agreement with creditors signed a loan agreement with a third party by another member of the insolvent group.*

*These special rules on insolvency group of companies was intended to cover both juridical facts of the business environment in which the actors are interconnected, and the framework for better management and control of judicial insolvency proceedings of such groups.*

**Keywords:** group of companies; qualifying holding; control of a company; insolvency group of companies; the specific in insolvency application group of companies.

## 1. Ce este grupul de societăți în regimul insolvenței?

Organizarea și desfășurarea afacerilor are diferite dimensiuni, de la afacerile individuale la cele colective, de la micile afaceri la marile afaceri.

Profioniștii care operează în mediul de afaceri acționează ca persoane fizice, persoane juridice ori ca entități fără personalitate juridică.

Există afaceri care datorită complexității lor necesită organizarea și desfășurarea într-o structură de grup, compus din persoane fizice sau juridice, fără ca grupul să devină o entitate cu personalitate juridică<sup>1)</sup>.

Grupul de societăți este o realitate economică realizată prin interacțiunea dintre diferiți actori ai mediului de afaceri, într-o acțiune comună, concertată și coordonată pentru realizarea unor scopuri comune.

Grupul de societăți, chiar dacă este eminentamente economic și nu are o reglementare juridică de fond, are însă în anumite domenii o delimitare juridică specială.

În literatura juridică grupul de societăți a fost considerat ca „un ansamblu de societăți cu individualitate distinctă, dar dependente din punct de vedere economic al deținerii controlului și deciziilor de către o societate-mamă sau de un centru comun de decizie exterior”<sup>2)</sup>.

În absența unei reglementări unice a grupului de societăți, pentru acoperirea juridică a unor situații de fapt, în fiecare domeniu special a fost făcută o conturare juridică a grupului de societăți.

Entitățile care compun grupul se află interconectate prin anumite elemente și această interconectare le conferă statutul de grup, căruia i se aplică un tratament juridic specific.

În materie de insolvență, grupul de societăți a fost identificat juridic prin dispozițiile art. 5 pct. 35 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență în care se dispune că „grup de societăți înseamnă două sau mai multe societăți interconectate prin control și (sau) deținerea participațiilor calificate”.

Elementul de interconectare dintre societățile care compun grupul poate fi deținerea de către o persoană de participații calificate sau deținerea, după caz, a controlului asupra acestora prin majoritatea drepturilor de vot în adunarea generală sau a puterii de a numi sau revoca membrii organelor de conducere, administrare sau supraveghere.

Participația calificată este fracțiunea de capital compusă între 20% și 50% pe care o persoană o deține în altă societate<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> C. Gheorghe, *Drept comercial român*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 638.

<sup>2)</sup> Ph. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 15<sup>e</sup> ed. Dalloz, Paris, 2011. p. 809.

<sup>3)</sup> Art. 5 pct. 41 din Legea nr. 85/2014 *privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*.



Controlul este capacitatea<sup>4)</sup> pe care o persoană o are asupra unei societăți de a determina sau influența în mod dominant, direct sau indirect politica financiară și operațională a unei societăți sau deciziile la nivelul organelor societare.

O persoană este considerată ca deținând controlul asupra unei societăți în următoarele situații: când deține în mod direct sau indirect o participație calificată de cel puțin 40% din drepturile de vot ale respectivei societăți și niciun alt asociat sau acționar nu deține în mod direct sau indirect un procentaj superior al drepturilor de vot; când deține în mod direct sau indirect majoritatea drepturilor de vot în adunarea generală a societății respective; când în calitatea de asociat sau acționar al respectivei societăți dispune de puterea de a numi sau de a revoca majoritatea membrilor organelor de administrație, conducere sau supraveghere.

Modalitățile de delimitare a grupului de societăți sunt controlul și participația calificată luate separat sau împreună, după caz.

Apreciem că grupul de societăți în regimul insolvenței este un ansamblu de societăți, care au personalitate juridică distinctă și care sunt interconectate economic și juridic prin controlul și/sau participația calificată deținută de o anumită persoană.

## 2. Principiile care guvernează regimul insolvenței grupului de societăți

Grupul de societăți este guvernat în materie de insolvență de regulile generale ale insolvenței, dar și de derogările specifice instituite pentru insolvența acestuia.

Societățile din grup au independență patrimonială<sup>5)</sup> și răspunderea membrilor grupului nu se transferă între aceștia.

Procedurile de insolvență deschise împotriva membrilor unui grup de societăți sunt coordonate<sup>6)</sup> cu scopul de a se asigura celeritatea și armonizarea acestora și minimizarea costurilor.

Participanții la procedură au obligația de cooperare<sup>7)</sup> în cadrul procedurii. Modalitățile de cooperare constau în schimbul de informații, deschiderea concomitentă a procedurilor de insolvență pentru membrii grupului, fixarea corelată a termenelor, coordonarea comunicării între practicienii în insolvență de către practicianul care a fost desemnat în dosarul privind societatea-mamă sau în cea cu cea mai mare cifră de afaceri.

## 3. Competența soluționării cererii de deschidere a procedurii insolvenței grupului de societăți

Competența materială a soluționării cererii comune de deschidere a procedurii insolvenței împotriva membrilor grupului este tribunalul ca instanță din sistemul organelor judiciare, iar teritorial este competent tribunalul în a cărui circumscripție își are sediul societatea-mamă sau, după caz, societatea cu cea mai mare cifră de afaceri, conform ultimei situații financiare publicate.

<sup>4)</sup> Art. 5 pct. 9 din Legea nr. 85/2014.

<sup>5)</sup> R. Bufan, coordonator, și alții, *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 840; C. Gheorghe, *op. cit.*, 2013, p. 762.

<sup>6)</sup> Art. 5 pct. 13 din Legea nr. 85/2014.

<sup>7)</sup> Art. 5 pct. 39 din Legea nr. 85/2014.

Pentru fiecare membru al grupului sa va forma un dosar separat. Toate dosarele formate vor fi repartizate judecătorului sindic desemnat conform sistemului de repartizare aleatorie, în primul dosar înregistrat în sistemul informatizat al instanțelor.

## **4. Organele care aplică procedura grupului de societăți**

### **4.1. Judecătorul-sindic**

Judecătorul-sindic desemnat în primul dosar repartizat aleatoriu în deschiderea procedurii insolvenței unui membru al unui grup de societăți va avea repartizate și celelalte dosare pentru ceilalți membri ai grupului.

Repartizarea tuturor dosarelor de insolvență ale membrilor grupului de societăți la același judecător-sindic este o condiție necesară pentru asigurarea corelării și coordonării procedurii în ansamblul său.

Judecătorul-sindic va avea într-o asemenea situație în permanență imaginea procedurii în toată dimensiunea sa și vor fi evitate paralelismele și soluțiile contradictorii în problemele care au elemente comune între membrii grupului.

Redresarea unor membri ai grupului va fi făcută în contextul de ansamblu al procedurii, iar ritmul de desfășurare al acesteia va fi mai bine adaptat la situațiile concrete ale procedurii.

Supravegherea procedurii de către un singur judecător-sindic este benefică și asigură unitate și eficiență în desfășurarea acesteia.

### **4.2. Administratorul judiciar**

Administratorul judiciar poate fi desemnat diferit pentru fiecare membru al grupului, dar în anumite situații acesta poate fi același pentru toți membrii grupului.

Desemnarea administratorului judiciar pentru fiecare membru al grupului de societăți se face după regulile de drept comun<sup>8)</sup> ale procedurii insolvenței, care sunt valabile și pentru insolvența grupului de societăți.

Atunci când creditorii care dețin cel puțin 50% din masa credală sunt aceiași pentru fiecare membru al grupului, administratorul judiciar sau un consorțiu de administratori judiciari va fi același pentru fiecare membru al grupului.

În situația în care componența masei credale nu permite desemnarea aceluiași administrator judiciar, administratorii judiciari numiți vor fi ținuți de obligația de cooperare.

Obligația de cooperare va fi consemnată într-un protocol care va cuprinde o sinteză a modalității în care vor fi derulate în mod integrat activitățile economice, juridice și operaționale la nivelul grupului.

Protocolul de cooperare va fi depus în termen de 10 zile de la data deschiderii procedurii la dosarul de insolvență în care a fost desemnat practicianul coordonator, urmând ca protocolul să fie aprobat de către judecătorul-sindic.

---

<sup>8)</sup> Art. 57 din Legea nr. 85/2014.

Oricare dintre administratorii judiciari desemnați poate să participe la adunarea creditorilor și la ședința comitetului creditorilor oricărui dintre membrii grupului.

Administratorul judiciar al oricărui dintre membrii grupului are calitatea procesuală de a depune un plan de reorganizare în cadrul procedurilor celorlalți membri.

Desemnarea administratorilor judiciari ori a lichidatorilor judiciari, după caz, trebuie făcută cu verificarea existenței unui conflict de interese.

### 4.3. Administratorul special

Adunările generale ale asociațiilor, ori acționarilor membrilor grupului vor desemna același administrator special.

În cadrul grupului de societăți unde aceleași persoane concentrează decizia pentru toți membrii, desemnarea aceluiași administrator special nu comportă niciun fel de dificultate.

O problemă ar exista atunci când la nivelul membrilor grupului decizia este concentrată la persoane diferite.

S-a apreciat<sup>9)</sup> că într-o asemenea situație trebuie procedat ca la desemnarea practicianului coordonator, adică să fie numit ca administrator special al membrilor grupului cel al societății-mamă sau al societății cu cea mai mare cifră de afaceri.

Dacă adunările generale ale asociațiilor ori acționarilor membrilor grupului de societăți nu desemnează același administrator special pentru fiecare membru, sancțiunea<sup>10)</sup> ar fi nerecunoașterea calității de administrator special a persoanelor desemnate diferit față de administratorul special al societății-mamă sau al societății cu cea mai mare cifră de afaceri.

### 4.4. Comitetul creditorului

Comitetul creditorilor fiecărui membru al grupului de societăți va fi desemnat după regulile de drept comun în materie de insolvență.

Pentru asigurarea coordonării procedurilor în funcție de situațiile concrete de deținere a creanțelor este de preferat ca în fiecare comitet să existe cel puțin câțiva membri comuni.

Comitetele creditorilor membrilor grupului trebuie să se întâlnească cel puțin trimestrial<sup>11)</sup>. Scopul acestor întâlniri trimestriale este formularea de recomandări cu privire la activitatea debitorului și de asigurare a derulării optime a planurilor de reorganizare propuse.

<sup>9)</sup> R. Bufan și alții, *op. cit.*, 2014, p. 843.

<sup>10)</sup> S. D. Cârpenaru, M. A. Hotca, V. Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 524.

<sup>11)</sup> Art. 186 din Legea nr. 85/2014.

## 5. Deschiderea procedurilor

### 5.1. Cererea comună a debitorilor membri ai grupului

Membrii unui grup de societăți aflați în stare de insolvență pot adresa tribunalului o cerere comună<sup>12)</sup> de deschidere a procedurii de insolvență.

Cererea comună a membrilor grupului trebuie să întrunească toate condițiile pentru deschiderea procedurii și să aibă atașate actele doveditoare.

La actele doveditoare necesare<sup>13)</sup> oricărei cereri formulate de debitor trebuie atașate în plus următoarele acte<sup>14)</sup>: o listă privind membrii grupului; o descriere a modului în care se desfășoară activitatea în cadrul grupului; o listă a contractelor în derulare încheiate între membrii grupului.

Documentele cerute în plus sunt necesare pentru cunoașterea în ansamblu a situației grupului în vederea unei bune administrări a procedurii.

Un membru al unui grup de societăți care nu este în insolvență poate subscrie la o cerere comună făcută de alți membri ai grupului.

Într-o asemenea situație, cererea comună de deschidere a procedurii insolvenței va trebui să fie aprobată<sup>15)</sup> și de adunarea generală a asociaților ori acționarilor membrului grupului care a aderat la această cerere.

Un motiv pentru care membrul grupului aderă la cererea comună ar putea fi protejarea sa de eventualele dificultăți financiare care pot influența și situația sa ca efect al interconectării dintre membrii grupului.

Un alt motiv care l-ar determina pe un asemenea membru să adere la cererea comună ar fi participarea sa la mărirea șanselor de redresare și de salvare a grupului de la faliment, prin sprijinul pe care l-ar putea aduce datorită situației sale economice și financiare bune.

### 5.2. Cererea creditorilor

Creditorul care deține o creanță certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile și a cărei valoare prag este de 40.000 de lei, împotriva a doi sau mai mulți membri ai unui grup de societăți poate introduce o cerere comună<sup>16)</sup> de deschidere a procedurii de insolvență a acestora.

Cererea trebuie să fie însoțită de actele doveditoare justificative, prevăzute de art. 70 alin. (2) din Legea nr. 85/2014.

### 5.3. Deschiderea procedurii

În cazul în care cererea debitorilor sau a creditorilor, după caz, este întemeiată, judecătorul sindic va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii insolvenței.

<sup>12)</sup> Art. 192 din Legea nr. 85/2014.

<sup>13)</sup> Art. 67 din Legea nr. 85/2014.

<sup>14)</sup> Art. 194 din Legea nr. 85/2014.

<sup>15)</sup> Art. 196 din Legea nr. 85/2014.

<sup>16)</sup> Art. 193 din Legea nr. 85/2014.

Prin încheierea respectivă, după caz, judecătorul va deschide procedura generală sau procedura simplificată.

## 6. Măsuri procedurale specifice

### 6.1. Înscrierea creanțelor

Creanțele creditorilor se înscriu în tabelele de creanță potrivit regulilor generale, indiferent dacă creditorii sunt obișnuiți sau sunt deținători de creanțe împotriva unor creditori solidari.

Creditorii cu creanțe împotriva unor debitori solidari au dreptul de vot și de participare la procedura deschisă atât împotriva debitorului principal, cât și în procedura deschisă împotriva debitorilor solidari.

Creanțele membrilor grupului împotriva altor membri ai grupului sunt înscrise în ordinea de preferință privind creanțele subordonate<sup>17)</sup>.

Creditorii obișnuiți nu trebuie să fie supuși aceluiași risc al creditorilor membri ai grupului, deoarece aceștia din urmă potrivit specificului operațiunilor intragrup au beneficiat de rezultatele acestora și ca atare creanțele lor ar putea fi asimilate unor finanțări.

### 6.2. Planul de reorganizare

Planurile de reorganizare ale membrilor grupului sunt supuse regulilor generale în materie<sup>18)</sup>. Elementele de diferențiere a planurilor de reorganizare ale membrilor grupului de societăți constau în termenul de depunere și în elaborarea acestora în mod compatibil și coordonat.

Termenul de depunere a planului de reorganizare în cadrul insolvenței grupului de societăți este de 60 de zile de la data afișării tabelelor definitive de creanțe, spre deosebire de termenul comun care este de 30 de zile.

Administratorii judiciari ai membrilor grupului trebuie să își pună la dispoziție informațiile care sunt necesare pentru elaborarea unor planuri de reorganizare compatibile și coordonate.

### 6.3. Acțiunile în anulare

În cadrul activității anterioare deschiderii procedurii, membrii grupului ar fi putut încheia între ei acte de constituiri ori transferuri de drepturi patrimoniale.

Asemenea acte sunt supuse în cadrul insolvenței grupului de societăți unui tratament specific.

Administratorul judiciar al unui membru al grupului care intenționează să introducă împotriva unui alt membru al grupului o acțiune în anularea unei tranzacții dintre aceștia pe care o consideră frauduloasă trebuie să comunice această intenție celorlalți administratori judiciari, precum și practicianului coordonator.

<sup>17)</sup> Art. 161, pct. 10, lit. a) din Legea nr. 85/2014.

<sup>18)</sup> Art. 132 din Legea nr. 85/2014.

Cei cărora li s-a comunicat intenția vor analiza potențialele efecte ale unei asemenea acțiuni, în vederea luării unei decizii de introducere ori de neintroducere a acțiunii respective și vor consulta în acest scop comitetele creditorilor lor.

Luarea unei decizii privind introducerea acțiunii în anulare va avea în vedere considerente exclusiv de oportunitate, și nu de legalitate.

Pentru membrii grupului contează foarte mult stabilitatea actelor juridice dintre aceștia și prevenirea unor situații mai rele care ar putea apărea în urma anulării actelor dintre ei.

#### **6.4. Contractele de împrumut**

După data deschiderii procedurii în perioada de observație sau de reorganizare, membrii grupului aflați în insolvență pot încheia contracte de împrumut cu debitorul pentru susținerea activității acestuia.

Pentru încheierea contractului de împrumut este necesar acordul comitetului creditorilor.

Membrul grupului care a acordat împrumutul membrilor debitori va deține împotriva averii împrumutaților o creanță rezultată din continuarea activității debitorului, care are ordinea de prioritate prevăzută pentru acest tip de creanță.

Membrul grupului de societăți aflat în insolvență poate încheia ca împrumutat contracte de împrumut și cu terțe persoane ca împrumutătoare.

Contractul astfel încheiat poate fi garantat, cu acordul comitetului creditorilor, de către un alt membru al grupului<sup>19)</sup>.

#### **7. Închiderea procedurii**

Închiderea procedurii insolvenței grupului de societăți se face după regulile comune în această materie.

Judecătorul sindic va analiza situația fiecărui membru al grupului și va dispune, după caz, încheierea procedurii.

Nu este nevoie ca închiderea procedurii să fie concomitentă pentru toți membrii grupului aflat în insolvență.

---

<sup>19)</sup> Art. 203 din Legea nr. 85/2014.

# INSOLVENȚA TRANSFRONTALIERĂ: CADRU ȘI LIMITĂ PENTRU EXECUTAREA SILITĂ TRANSFRONTALIERĂ\*

*Lect. univ. dr. Sergiu POPOVICI  
Facultatea de Drept  
Universitatea de Vest din Timișoara*

## § Cross-border insolvency: frame and limit for cross-border forced execution

### **Abstract:**

*The insolvency of undertakings which have cross-border activities may affect the proper functioning of the European internal market, which is why, in order to coordinate the measures to be taken regarding an insolvent debtor's assets, Council Regulation No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings was adopted, regulation which is currently undergoing a large process of modernization.*

*One of the express purposes of this regulation is to avoid incentives for the parties to transfer assets from one Member State to another, seeking to obtain a more favourable legal position. Since it concerns assets of the debtor situated in more than one Member State, cross-border insolvency directly affects enforcement procedures against the debtor, while knowing a preferential treatment regarding the recognition and enforcement of judgements given in the insolvency procedure itself.*

*The Romanian legislator has shown increased attention to the problem of cross-border insolvency within Title III of Law no. 85/2004 on insolvency and insolvency prevention procedures.*

**Keywords:** cross-border insolvency, cross-border enforcement, recognition and enforcement, Regulation No. 1346/2000, Regulation No. 44/2001, Regulation No. 1215/2012.

---

\* **Acknowledgment:** This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/133255, Project ID 133255 (2014), co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013.

## 1. Raportul dintre insolvența transfrontalieră și executarea silită transfrontalieră

În momentul deschiderii procedurii colective împotriva unui debitor, regulile de executare silită se modifică atât împotriva sa, cât și în favoarea sa, indiferent de caracterul transfrontalier sau nu al raporturilor juridice la care debitorul este parte<sup>1)</sup>. Insolvența (internă și transfrontalieră) constituie, astfel, atât un cadru pentru executarea silită, cât și o limitare a posibilităților de executare, prin interzicerea executărilor silite individuale împotriva patrimoniului debitorului.

După deschiderea procedurii insolvenței executările silite nu se mai pot desfășura nici împotriva debitorului, nici împotriva debitorilor acestuia, decât în cadrul procedurii: debitorul își poate încasa datoriile silit doar prin sau cu încuviințarea sau supravegherea administratorului judiciar sau a lichidatorului, iar împotriva averii debitorului, executarea nu poate fi decât colectivă, distribuirea averii debitorului sau între creditorii acestuia sau reorganizarea sa cu scopul acoperirii datoriilor constituind tocmai esența procedurii insolvenței. Odată deschisă procedura concursuală, ea constituie un cadru pentru toate executările silite, inclusiv cele transfrontaliere.

Am arătat că unul dintre elementele specifice ale procedurii insolvenței este caracterul său colectiv, concursual, incompatibil cu executările silite individuale împotriva averii debitorului<sup>2)</sup>, indiferent de caracterul transfrontalier sau nu al celor două instituții. Din acest punct de vedere, faptul că insolvența este o limită a executării silite transfrontaliere nu poate fi pus la îndoială.

Cât privește elementele de extraneitate, insolvența întreprinderilor care desfășoară activități cu efecte transfrontaliere este de natură să afecteze buna funcționare a pieței interne europene, motiv pentru care, în vederea coordonării măsurilor ce urmează să fie adoptate în privința patrimoniului unui debitor insolvent, a fost adoptat Regulamentul nr. 1346/2000 al Consiliului, din 29 mai 2000, privind procedurile de insolvență<sup>3)</sup>, regulament care este la acest moment în plin proces de actualizare<sup>4)</sup>.

Unul dintre obiectivele declarate ale acestui regulament este evitarea tentației părților de a-și transfera bunurile în alt stat, în încercarea de a obține o situație juridică mai favorabilă<sup>5)</sup>. Trebuie amintit și cu prezenta ocazie că principiul suveranității face ca forța coercitivă a unui titlu executoriu să fie, în principiu, limitată la teritoriul statului de care aparțin autoritățile care au emis respectivul titlu sau care i-au conferit putere executorie. Cunoscând această limitare, un debi-

<sup>1)</sup> Cu privire la efectele procedurii în dreptul intern, a se vedea Coordonator R. Bufan, *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București 2014, p. 319 și urm. Similar, potrivit legii interne a majorității statelor membre, un creditor nu este îndreptățit să urmărească în mod individual averea unui debitor supus procedurii insolvenței, fiind ținut să urmeze un set de reguli specifice aplicabile procedurii, pe care, dacă nu le respectă, cererea sa va fi declarată inadmisibilă: CJCE, cauza C-294/02, *Semiconductor*, hotărârea din 17 martie 2005, par. 69.

<sup>2)</sup> Pentru detalii, a se vedea R. Bufan, *op. cit.*, p. 87-88.

<sup>3)</sup> Publicat în Jurnalul Oficial nr. L 160/30.06.2000, p. 1-18.

<sup>4)</sup> La acest moment, textul propunerii de modificare a regulamentului așteaptă a doua prezentare în Parlament, prima realizându-se în data de 5 februarie 2014.

<sup>5)</sup> Regulamentul nr. 1346/2000, Preambul, par. 2-4.



tor poate încerca să evite executarea silită pornită împotriva sa pe teritoriul unui stat prin mutarea bunurilor sale pe teritoriul altui stat. Pentru a urmări bunurile acestuia, creditorul va trebui să se adreseze autorităților competente din noul stat, inclusiv în cadrul procedurii insolvenței, întrucât forța executorie a titlului său nu se extinde în mod automat, așa cum am arătat, dincolo de granițele statului de care aparțin autoritățile care i-au conferit titlului executabilitate, în cazul nostru dincolo de granițele statului de care aparțin autoritățile în fața cărora se desfășoară procedura insolvenței.

În vederea realizării acestui deziderat, Regulamentul nr. 1346/2000 conține un regim preferențial în ceea ce privește recunoașterea hotărârilor date în statul membru unde a fost deschisă procedura, și implicit în ceea ce privește executarea acestor hotărâri pe teritoriul celorlalte state membre<sup>6)</sup>. Mai mult, conform art. 20 alin. (1) din Regulament, „un creditor care, după deschiderea procedurii (...), obține prin orice mijloace, în special pe cale executorie, satisfacerea totală sau parțială a creanței sale asupra bunurilor debitorului situate pe teritoriul unui alt stat membru trebuie să restituie lichidatorului ceea ce a obținut”, sub rezerva unor prevederi contrare din Regulament.

Importanța dezideratelor urmărite prin regulamentul este atât de ridicată, încât regulile sale sunt incidente și atunci când calitatea de creditor revine unui organ instituțional al Uniunii. Curtea Europeană de Justiție a statuat fără echivoc, în cauza C-294/02, *Semiconductor*, sus-citată, că preambulul Regulamentului nr. 1346/2000 presupune, conform paragrafelor 2, 3, 4 și 8, necesitatea asigurării eficienței și coordonării adecvate a procedurilor de insolvență în cadrul Uniunii, cu finalitatea asigurării unei distribuiri echitabile a activului debitorului între toți creditorii. Instituțiile Uniunii, deci și Comisia, în cauza dezbătută, ar avea un avantaj nejustificat asupra celorlalți creditori, dacă li s-ar permite să își valorifice pretențiile în proceduri subiect al jurisdicției unionale, în măsura în care orice acțiune individuală formulată la instanțele naționale ar fi inadmisibilă<sup>7)</sup>.

Specificitatea procedurii de executare din cadrul Regulamentului nr. 1346/2000, precum și criteriile pentru delimitarea acestei proceduri de executarea silită de drept comun din materie civilă și comercială, desfășurată conform Regulamentului nr. 1215/2012, constituie obiectul principal de preocupare al prezentei lucrări.

## **2. Particularități ale recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești în materia insolvenței transfrontaliere**

În ceea ce privește recunoașterea și executarea hotărârilor, Regulamentul nr. 1346/2000 diferențiază între două categorii principale: hotărârile de deschidere a procedurii, pe de o parte, și alte hotărâri date în cadrul procedurii, pe de altă parte.

Referitor la prima categorie, conform art. 16 și 17 din Regulament, orice hotărâre de deschidere a unei proceduri de insolvență pronunțată de o instanță competentă a unui stat membru este recunoscută în toate celelalte state membre de îndată ce își produce efectele în statul de deschidere, fără a împiedica deschiderea

<sup>6)</sup> A se vedea în acest sens și par. 22 din Regulamentul nr. 1346/2000.

<sup>7)</sup> CJCE, cauza C-294/02, *Semiconductor*, par. 70.

unei proceduri secundare<sup>8)</sup> în alt stat membru. Hotărârea de deschidere a procedurii produce, fără îndeplinirea vreunei formalități suplimentare, în orice alt stat membru, efectele pe care i le atribuie legea statului de deschidere, cu excepția cazului unei dispoziții contrare în regulament și atât timp cât nu este deschisă în celălalt stat membru nicio procedură secundară. Conform art. 17 alin. (2), efectele procedurii nu pot fi contestate în alte state membre. Orice limitare a drepturilor creditorilor, în special o suspendare a plății sau remiterea de datorie, poate fi opusă în ceea ce privește bunurile aflate pe teritoriul unui alt stat membru numai dacă respectivii creditorii și-au exprimat acordul.

Am făcut referire, în delimitarea situațiilor pentru care art. 16 și 17 din Regulamentul nr. 1346/2000 instituie un regim preferențial, la hotărârile date de „instanța competentă”. Cât privește analiza competenței instanței care a pronunțat hotărârea de deschidere a competenței, aceasta este prerogativa exclusivă a respectivei instanțe, neputând fi analizată de instanțele din statul solicitat<sup>9)</sup>.

În acest sens, Curtea a stipulat, în cauza C-341/04, *Eurofood*, că regula priorității stabilită la art. 16 alin. (1) din Regulament, potrivit căreia procedurile de insolvență deschise într-un stat membru sunt recunoscute în toate celelalte state membre de la momentul în care produc efecte în statul de deschidere, se bazează, conform paragrafului 22 al preambulului, pe principiul încrederii reciproce<sup>10)</sup>. Acest principiu a permis stabilirea unui sistem simplificat de recunoaștere și executare reciprocă a hotărârilor date în statele membre, care au renunțat la normele interne de *exequatur*<sup>11)</sup>. Dacă obligația instanței sesizate de a-și verifica propria competență prin verificarea centrului intereselor principale al debitorului constituie un corolar inerent al acestui principiu, în același timp încrederea reciprocă impune obligația instanțelor din celelalte state membre să recunoască hotărârea prin care s-a deschis procedura fără a avea posibilitatea să cenzureze raționamentul sau soluția instanței din statul de origine cu privire la competența acesteia. Partea interesată să conteste competența avea posibilitatea să invoce acest aspect în fața procedurii dezbătute în statul de origine, însă în etapa recunoașterii nu mai poate invoca necompetența autorității care a pronunțat deschiderea procedurii în fața instanțelor din statul solicitat<sup>12)</sup>.

Urmează astfel că, în ceea ce privește deschiderea procedurii, legiuitorul european suprimă practic orice formalități în vederea recunoașterii și executării. Concret, după cum reiese și din art. 19 din Regulament, proba calității de lichidator (deci a existenței procedurii într-un stat membru) se face printr-o copie certificată a originalului hotărârii de desemnare sau printr-un alt act doveditor eliberat de instanța competentă, fără nicio altă intervenție a unei alte autorități prin care să se certifice

<sup>8)</sup> Conform art. 3 din Regulament, o procedură secundară de insolvență este acea procedură care este deschisă în alt stat decât cel unde debitorul își are centrul intereselor principale și privește bunurile din acel stat.

<sup>9)</sup> În materie de insolvență, statul de origine este cel în care s-a deschis procedura, iar statul solicitat este statul unde se invocă hotărârile date în respectiva procedură sau aflate în strânsă legătură cu aceasta.

<sup>10)</sup> CJCE, cauza C-341/04, *Eurofood*, hotărârea din 2 mai 2006, par. 39.

<sup>11)</sup> A se vedea, în legătură cu Convenția de la Bruxelles, cauza C-116/02, *Gasser*, par. 72; cauza C-159/02, *Turner*, par. 24.

<sup>12)</sup> CJCE, cauza C-341/04, *Eurofood*, par. 40-43

existența sau realitatea respectivei hotărâri. Urmează astfel că, în cazul hotărârilor de deschidere a procedurii, nu se aplică prevederile art. 36-57 din Regulamentul nr. 1215/2012, coresponzătoare art. 32-56 din Regulamentul nr. 44/2001, fiind suficientă prezentarea unei copii certificate sau orice alt act doveditor eliberat de instanța competentă.

Limitele noțiunii de „hotărâre prin care s-a deschis procedura” au fost explicitate de către Curtea Europeană de Justiție în cauza C-341/04, *Eurofood*, citată mai sus. Conform Curții, o „hotărâre de deschidere a procedurii insolvenței”, în accepțiunea Regulamentului, trebuie considerată că include nu doar acea hotărâre formal descrisă de legislația internă ca atare, ci și acele hotărâri date în urma unei cereri care, invocând insolvența debitorului, au ca finalitate deschiderea unei proceduri în accepțiunea art. 2 lit. a) din Regulamentul nr. 1346/2000, în situația în care respectiva hotărâre conduce la desistarea debitorului și la numirea unui lichidator, în accepțiunea art. 2 lit. b) din Regulament. Această desistare a debitorului presupune ridicarea dreptului de administrare asupra activelor sale. Faptul că lichidatorul a fost numit cu titlu provizoriu nu afectează calificarea hotărârii drept hotărâre prin care s-a deschis procedura<sup>13)</sup>.

Din punctul de vedere al efectelor teritoriale ale unei astfel de hotărâri, Curtea Europeană de Justiție s-a pronunțat în cauza C-444/07, *MG Probud Gdynia*<sup>14)</sup>. Principiul suveranității face ca forța coercitivă a unui titlu executoriu să fie, în principiu, limitată la teritoriul statului de care aparțin autoritățile care au emis respectivul titlu sau care i-au conferit putere executorie, conform celor deja arătate. Același principiu face ca o procedură de insolvență să producă efecte, în principiu, doar pe teritoriul statului de care aparține instanța care a pronunțat deschiderea procedurii. Datorită acestor limitări, în absența unui instrument internațional, pentru a cuprinde și bunurile debitorului situate în alt stat, o procedură de insolvență (sau hotărârile pronunțate în cadrul acesteia) trebuie recunoscută/recunoscute în statul unde se situează bunurile (prin ipoteză diferit de statul în care s-a pronunțat deschiderea procedurii).

În cauza *Probud Gdynia*, indicată mai sus, Curtea a avut ocazia să analizeze efectul Regulamentului nr. 1346/2000 asupra acestei problematice, mai exact principiul recunoașterii automate a hotărârii prin care s-a deschis procedura, într-o speță în care s-a deschis procedura într-un stat membru, iar creditorii din alt stat membru au pornit executări silit individuale asupra bunurilor de acolo ale debitorului, nefiind deschisă o procedură secundară de insolvență. Legislația statului membru de deschidere interzicea orice executare silită individuală asupra averii debitorului, indiferent de locul unde activele acestuia erau situate, intervenind un conflict între lichidator, care a invocat aceste prevederi din legea statului de deschidere, pe de o parte, și creditorii din celălalt stat membru, pe de altă parte, care au afirmat că bunurile debitorului situate în alt stat membru decât statul de deschidere a proce-

<sup>13)</sup> C-341/04, *Eurofood*, par. 54, 55 și 58. Hotărârea Curții a stat la baza propunerii de modificare a Regulamentului din perspectiva definirii procedurii insolvenței, respectiv a hotărârii de deschidere a procedurii. În ceea ce privește caracterile procedurii, este necesar a fi îndeplinite patru caracteristici: trebuie să fie vorba despre o procedură colectivă, ce ia naștere în contextul insolvenței debitorului, să aibă ca urmare desistarea parțială sau totală a acestuia și desemnarea unui lichidator: par. 46 și 47.

<sup>14)</sup> CJCE, cauza C-444/07, *Probud Gdynia*, Hotărârea din 21 ianuarie 2010.

durii ies din sfera de influență a acestei proceduri, cât timp o procedură secundară nu a fost deschisă în celălalt stat membru, unde erau situate bunurile<sup>15)</sup>.

Conform Curții, în condițiile în care legea insolvenței din statul de deschidere nu permite, după deschiderea unei proceduri de insolvență, inițierea împotriva debitorului a unor proceduri de executare privind bunurile care compun masa bunurilor insolvenței, autoritățile competente din orice alt stat membru nu pot dispune în mod valabil, în aplicarea propriei legislații, măsuri de executare asupra bunurilor debitorului situate pe teritoriul lor. Articolele 16 și 17 din Regulament impun ca hotărârea de deschidere a unei proceduri de insolvență adoptată în Polonia să fie recunoscută automat în toate celelalte state membre, fără nicio altă formalitate, *cu toate efectele pe care i le atribuie legea din statul de origine*.

Curtea conchide astfel că, după deschiderea unei proceduri principale de insolvență într-un stat membru, autoritățile competente dintr-un alt stat membru, în care nu a fost deschisă nicio procedură secundară de insolvență, sunt ținute să recunoască și să execute toate hotărârile care privesc această procedură principală de insolvență și, prin urmare, nu sunt îndrituite să dispună, în aplicarea legislației acestui alt stat membru, măsuri de executare asupra bunurilor debitorului declarat insolvent situate pe teritoriul acestui alt stat membru, atunci când legislația statului de deschidere nu le permite<sup>16)</sup>.

Regimul juridic al celorlalte hotărâri date în cadrul procedurii este reglementat la art. 25 și 26 din Regulamentul nr. 1346/2000. Conform textului legal, hotărârile cu privire la desfășurarea și închiderea unei proceduri de insolvență pronunțate de o instanță competentă, precum și un concordat aprobat de o atare instanță sunt, de asemenea, recunoscute fără îndeplinirea niciunei alte formalități. Au acest regim juridic și hotărârile care decurg în mod direct din procedura de insolvență și care au o strânsă legătură cu aceasta, chiar dacă au fost pronunțate de o altă instanță decât cea care a decis deschiderea procedurii, precum și hotărârile referitoare la măsurile de conservare adoptate ulterior cererii de deschidere a procedurii de insolvență.

În ceea ce privește executarea hotărârilor, pentru toate categoriile, mai puțin hotărârea de deschidere a procedurii înseși, Regulamentul trimite la dreptul comun, anume Convenția de la Bruxelles din 1968 privind competența și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, astfel cum a fost modificată prin convențiile de aderare la această convenție, trimitere care acum privește Regulamentul nr. 1215/2012, iar anterior intrării sale în vigoare viza Regulamentul nr. 44/2001.

Cu toate acestea, particularități importante există și în ceea ce privește executarea acestor hotărâri, întrucât motivele de refuz al executării sunt mult restricționate în materia insolvenței. În acest sens, trebuie menționat că atât Regulamentul nr. 1215/2012, cât și Regulamentul nr. 44/2001 [art. 46, respectiv art. 45 alin. (1)] cuprind principiul potrivit căruia refuzul executării se poate pronunța, din punctul

<sup>15)</sup> Concret, procedura de insolvență fusese deschisă în Polonia. Legea poloneză din 28 februarie 2003 privind insolabilitatea și reorganizarea, cu modificările ulterioare, nu permitea, după deschiderea unei proceduri de insolvență, inițierea împotriva debitorului a unor proceduri de executare privind bunurile care compun masa bunurilor insolvenței. Cu toate acestea, autoritățile din Germania au dispus măsuri individuale de executare silită asupra bunurilor debitorului din Germania.

<sup>16)</sup> CJCE, cauza C-444/07, *Probud Gdynia*, par. 44-47 și dispozitiv.

de vedere al cerințelor de fond, în toate cazurile în care este posibil și refuzul recunoașterii, și numai în aceste cazuri. Din moment ce refuzul recunoașterii pentru motive de fond este practic înlăturat în materie de insolvență, urmează că doar acele motive de refuz al executării prevăzute expres în Regulamentul nr. 1346/2001 pot fi invocate<sup>17)</sup>, fără a fi posibil refuzul executării, de exemplu, pentru ireconciliabilitate sau pentru încălcarea competenței exclusive a instanțelor din statul solicitat, posibilitate care există în dreptul comun.

Conform art. 25 alin. (3) din Regulament, statele membre nu au obligația de a recunoaște sau executa o hotărâre din cele menționate mai sus (în afara hotărârii de deschidere a procedurii), care ar putea conduce la o limitare a libertății individuale sau a secretului corespondenței. Art. 26 consacră și în materie de insolvență posibilitatea statelor membre de a refuza recunoașterea unei proceduri de insolvență deschise în alt stat membru sau executarea unei hotărâri pronunțate în cadrul unei astfel de proceduri, dacă recunoașterea sau executarea ar contraveni în mod evident ordinii publice din statul respectiv, în special principiilor sale fundamentale sau drepturilor și libertăților individuale garantate prin Constituție.

În ceea ce privește criteriul ordinii publice, aplicat în materie de insolvență, Curtea Europeană de Justiție s-a pronunțat în cauza C-341/04, *Eurofood*, citată mai sus. Curtea reține că, în interpretarea par. 22 din Preambul, motivele de refuz al recunoașterii sau executării trebuie reduse la minimumul necesar, pentru a nu contraveni principiului încrederii reciproce<sup>18)</sup>. Această interpretare este în acord cu jurisprudența constantă a Curții privind art. 27 din Convenția de la Bruxelles, potrivit căreia recurgerea la clauza privind ordinea nu trebuie să aibă loc decât în cazuri excepționale<sup>19)</sup>, jurisprudență care se aplică și în conturarea limitelor art. 26 din Regulamentul nr. 1346/2000<sup>20)</sup>.

În acest sens, nu se poate recurge la clauza privind ordinea publică prevăzută la articolul 27 punctul 1 din Convenția de la Bruxelles [corespunzătoare art. 34 pct. 1 din Regulamentul nr. 44/2001, respectiv art. 45 alin. (1) lit. a) din Regulamentul nr. 1215/2012] decât în ipoteza în care recunoașterea sau executarea hotărârii judecătorești pronunțate într-un alt stat contractant ar contraveni într-un mod inacceptabil ordinii juridice a statului solicitat, astfel încât ar aduce atingere unui principiu fundamental. Pentru a respecta interdicția referitoare la revizuirea pe fond a hotărârii străine, atingerea ar trebui să constituie o încălcare evidentă a unei norme de drept considerate esențială în ordinea juridică a statului solicitat sau a unui drept recunoscut ca fiind fundamental în ordinea juridică respectivă<sup>21)</sup>. Pornind de la prin-

<sup>17)</sup> Concluzia se desprinde implicit din explicația pe care Curtea o oferă în cauza C-341/04, *Eurofood*, referitor la motivul de refuz al recunoașterii constând în nerespectarea dreptului la apărare. Argumentând posibilitatea în acest sens a instanței solicitate, Curtea nu face trimitere la art. 34 pct. 2 din Regulamentul nr. 44/2001, care se referă explicit la această ipoteză, ci oferă o interpretare extinsă a conceptului de ordine publică, din cadrul art. 26 al Regulamentului, cum vom arăta mai jos.

<sup>18)</sup> CJCE, cauza C-341/04, *Eurofood*, par. 61.

<sup>19)</sup> Printre altele, CJCE, cauza C-7/98, *Krombach*, Hotărârea din 28 martie 2000, par. 21.

<sup>20)</sup> CJCE, cauza C-341/04, *Eurofood*, par. 64.

<sup>21)</sup> Pentru dreptul comun: CJCE, cauza C-7/98, *Krombach*, par. 37; pentru Regulamentul privind insolvența, cauza C-341/04, *Eurofood*, par. 62.

ciunile consacrate de Curte privind protecția dreptului la un proces echitabil, mai exact dreptul unei părți de a-i fi notificate actele de procedură, ca o componentă a dreptului de a-și exprima părerea, în contextul procedurilor de insolvență, dreptul creditorilor și al reprezentanților lor de a participa la judecată în conformitate cu principiul egalității armelor prezintă o importanță semnificativă. Chiar dacă detaliile privind dreptul de a fi ascultat variază în funcție de urgența pe care o implică diferitele proceduri, orice îngădire a acestui drept trebuie temeinic justificată și însoțită de garanții procedurale suficiente care să asigure că persoanele implicate în respectivele proceduri au avut un drept efectiv de a contesta măsurile urgente adoptate<sup>22</sup>.

Cu alte cuvinte, deși nerespectarea dreptului la apărare nu este expres consacrată în materie de insolvență ca motiv de refuz al recunoașterii sau executării, cum este cazul dreptului comun în materie civilă și comercială, art. 26 din Regulamentul nr. 1346/2000, privind ordinea publică, trebuie interpretat în sensul că autoritățile din statul membru solicitat au posibilitatea să refuze recunoașterea procedurii deschise în alt stat membru, în condițiile în care hotărârea de deschidere a procedurii a fost dată cu încălcarea flagrantă a dreptului fundamental de a fi ascultat, de care beneficiază orice persoană implicată sau afectată de această hotărâre<sup>23</sup>.

Concluzionând,

1. pentru hotărârea de deschidere a procedurii, Regulamentul nr. 1346/2000 suprimă orice formalitate în vederea recunoașterii sau executării sale pe teritoriul altui stat membru;
2. pentru alte hotărâri date în cadrul procedurii, sau de alte instanțe, dar aflate în strânsă legătură cu procedura,
  - formalitățile și condițiile de fond în vederea recunoașterii sunt de asemenea suprimate;
  - formalitățile în vederea executării sunt cele din dreptul comun; cât privește condițiile de fond, refuzul executării se suprapune peste refuzul recunoașterii, deci singurele posibilități de refuz al executării în materia insolvenței sunt cele expres prevăzute în Regulamentul nr. 1346/2000, anume ordinea publică și protecția libertății individuale sau a secretului corespondenței.

Dintre celelalte prevederi ale Regulamentului care sunt de natură să afecteze executarea transfrontalieră amintim și art. 5 alin. (2) lit. a), potrivit căruia se asigură respectarea drepturilor reale ale creditorilor, care poartă asupra unor bunuri ale debitorului aflate în alte state membre la data deschiderii procedurii, în ceea ce privește „dreptul de a executa sau de a solicita executarea bunurilor și de a obține câștiguri materiale dintr-o asemenea executare ori din fructele bunurilor respective, în special în temeiul unui gaj sau ipotecă”.

De asemenea, conform art. 24 alin. (1) din Regulamentul nr. 1346/2000, „persoana care execută, într-un stat membru, o obligație în beneficiul debitorului supus unei proceduri de insolvență deschise într-un alt stat membru, în loc să o fi executat în beneficiul lichidatorului acelei proceduri, este considerată liberată dacă

<sup>22</sup>) CJCE, cauza C-341/04, *Eurofood*, par. 66.

<sup>23</sup>) *Idem*, par. 67.

nu a avut cunoștință despre deschiderea procedurii”, iar alineatul 2 prevede că „persoana care a executat această obligație înainte de realizarea publicității prevăzute la articolul 21 este prezumată, până la proba contrarie, că nu a avut cunoștință despre deschiderea procedurii de insolvență; persoana care a executat obligația după realizarea publicității este prezumată, până la proba contrarie, că a avut cunoștință despre deschiderea procedurii”.

Cu privire la aplicabilitatea acestui din urmă text, Curtea Europeană de Justiție a decis că art. 24 din Regulament privește exclusiv plățile efectuate în beneficiul debitorului, nu și acele plăți pe care debitorul le ordonează<sup>24)</sup>. Conform Curții, rezultă din considerentul 30 al Regulamentului că acest articol permite să se scoată de sub incidența controlului lichidatorului anumite situații care vin în contradicție cu noile împrejurări create prin deschiderea procedurii de insolvență. În special, textul menționat permite ca hotărârea referitoare la deschiderea procedurii de insolvență să nu fie imediat recunoscută, în măsura în care permite ca din masă să se scadă creanțele debitorului care a intrat în faliment plătite acestuia din urmă de debitorii săi de bună-credință. Or, este necesar ca această dispoziție să nu fie interpretată într-un sens care să permită ca din masă să se scadă și bunurile pe care debitorul care a intrat în faliment le datorează unor creditori. Astfel, în cazul în care ar fi urmată o asemenea interpretare, debitorul care a intrat în faliment ar putea, prin executarea de către terți care nu au cunoștință despre deschiderea procedurii de insolvență a unor obligații pe care le are față de un creditor, să transfere bunurile din masă către creditorul respectiv și, în acest mod, să aducă atingere unuia dintre principalele obiective ale Regulamentului nr. 1346/2000, enunțat în considerentul 4 al acestuia, și care constă în a se evita ca părțile să fie tentate să transfere bunuri dintr-un stat în altul în încercarea de a obține o situație juridică mai favorabilă<sup>25)</sup>.

### **3. Delimitarea acțiunilor care intră în sfera reglementării specifice privind insolvența transfrontalieră de acțiunile civile și comerciale de drept comun**

Potrivit art. 1 alin. (2) lit. b) din Regulamentul nr. 1215/2012, „prezentul regulament nu se aplică în ceea ce privește: (...) falimentele, procedurile privind lichidarea societăților insolubile sau a altor persoane juridice, acordurile amiabile, concordatele sau procedurile similare”, asemănător textului cu aceeași numerotare din Regulamentul nr. 44/2001, care excludea aplicarea sa în materie de „falimente, concordate sau proceduri similare”. Corespunzător, art. 1 alin. (1) din Regulamentul nr. 1346/2000 „se aplică procedurilor colective ce iau naștere în contextul insolvenței debitorului care au ca urmare desistarea parțială sau totală a acestuia și desemnarea unui lichidator”.

Având în vedere diferențele importante de regim juridic în ceea ce privește condițiile de fond și formalitățile pentru recunoaștere și executare în alte state membre, încadrarea unei hotărâri în sfera dreptului comun (Convenția de la Bruxelles, Regulamentul nr. 44/2001, respectiv Regulamentul nr. 1215/2012, după

<sup>24)</sup> CJUE, cauza C-251/12, v. *Buggenhout și v.d. Mierop*, hotărârea din 19 septembrie 2013.

<sup>25)</sup> A se vedea par. 33-35.

caz), pe de o parte, respectiv în sfera de cuprindere a Regulamentului nr. 1346/2000, pe de altă parte, cuprinde o importanță deosebită.

Relevanța jurisprudenței Curții sub imperiul Convenției de la Bruxelles, respectiv a Regulamentului nr. 44/2001, rămâne neafectată, în ceea ce ne privește, și după intrarea în vigoare a Regulamentului nr. 1215/2012<sup>26)</sup>.

O importantă parte a jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene în materia insolvenței transfrontaliere o constituie delimitarea acelor acțiuni al căror obiect este vizat de Regulamentul nr. 1346/2000, pe de o parte, de acțiunile al căror obiect se circumscrie materiei civile și comerciale de drept comun, pe de altă parte.

În cadrul jurisprudenței referitoare la Convenția de la Bruxelles, Curtea a hotărât că o acțiune se referă la o procedură de faliment dacă decurge în mod direct din faliment și se află în strânsă legătură cu o procedură de lichidare de bunuri sau de administrare judiciară. Prin urmare, o acțiune care prezintă astfel de caracteristici nu intră în domeniul de aplicare al acestei convenții, și implicit nici a Regulamentului nr. 44/2001 sau nr. 1215/2012<sup>27)</sup>.

În aplicarea acestor criterii, Curtea a decis că ele sunt îndeplinite atunci când acțiunea are ca obiect constatarea nulității unei cesiuni de părți sociale emise de către o societate având sediul în statul membru unde a fost formulată acțiunea, pe motivul nerecunoașterii de către instanță a competențelor unui lichidator din cadrul unei proceduri finalizate în alt stat membru. O astfel de acțiune este exclusă de la sfera de cuprindere a Regulamentului nr. 44/2001<sup>28)</sup>.

În argumentarea acestei concluzii, Curtea arată că acțiunea soluționată printr-o asemenea decizie derivă în mod direct dintr-o procedură de insolvență și se află în strânsă legătură cu aceasta<sup>29)</sup>. Pe de o parte, legătura dintre acțiunea în justiție și

<sup>26)</sup> Concluzia se impune cu atât mai mult cu cât, deși formularea nu este identică, art. 26 din Regulament, privind ordinea publică, a fost interpretat din perspectiva art. 27 din Convenția de la Bruxelles, conform celor arătate mai sus, în cauza C-341/04, *Eurofood*, par. 64. Cu privire la relevanța jurisprudenței Curții în materia Convenției de la Bruxelles pentru interpretarea prevederilor echivalente din Regulamentul nr. 44/2001, a se vedea, printre altele, CJCE, cauza c-111/08, *Industri AB*, Hotărârea din 2 iulie 2009, par. 22-24.

<sup>27)</sup> CJCE, cauza c-111/08, *Industri AB*, par. 21.

<sup>28)</sup> La data pronunțării hotărârii în cauză de către instanța națională, Regulamentul nr. 1346/2000 nu era încă în vigoare, motiv pentru care regimul recunoașterii, prin excluderea aplicabilității Regulamentului nr. 44/2001, era cel general, prevăzut în dreptul intern din statul solicitat.

<sup>29)</sup> Din punctul de vedere al stării de fapt, cererea care a determinat pronunțarea hotărârii preliminare a fost formulată în cadrul unui litigiu între SCT Industri AB (Industri), pe de o parte, și Alpenblume AB (Alpenblume), pe de altă parte, două societăți suedeze, având ca obiect o acțiune în revendicare a unor părți sociale deținute în cadrul unei societăți de drept austriac de către Industri și care au fost vândute către Alpenblume, această acțiune urmând unei hotărâri pronunțate de o instanță austriacă prin care se constata nulitatea dobândirii respectivelor părți sociale de către Alpenblume. În acest sens, în cursul anului 1993, o procedură colectivă a fost deschisă împotriva Industri de instanța competentă din Malmö. O persoană a fost desemnată în calitate de lichidator. În cursul acestei proceduri, lichidatorul a cedat părțile sociale deținute de SCT Industri, și anume 47 % din capitalul SCT Hotelbetrieb GmbH, societate de drept austriac în drepturile căreia s-a subrogat Scaniahof Ferienwohnungen GmbH (denumită în continuare „Scaniahof”), către Alpenblume, pentru suma de 2 SEK. Această din urmă societate a fost înscrisă în Austria în calitate de proprietar al părților sociale menționate. Procedura colectivă a fost închisă în cursul anu-



procedura de insolvență apare ca fiind deosebit de strânsă în măsura în care litigiul privește exclusiv proprietatea asupra părților sociale care au fost cedate, în cadrul unei proceduri de insolvență, de către un lichidator în temeiul unor dispoziții, precum cele edictate de legea statului suedez privind procedurile colective, care derogă de la normele generale de drept civil și în special de la cele privind dreptul de proprietate. Astfel, cesiunea părților sociale și acțiunea în revendicare căreia i-a dat naștere reprezintă consecința directă și care nu poate fi disociată de exercitarea de către lichidator, subiect de drept care nu intervine decât ca urmare a deschiderii unei proceduri colective, a unei prerogative care rezultă în mod specific din dispozițiile de drept național care reglementează procedurile colective. Pe de altă parte, conținutul și domeniul de aplicare ale deciziei prin care s-a constatat nulitatea cesiunii în cauză sunt intim legate de desfășurarea procedurii de faliment, din moment ce motivul nulității cesiunii se referă în mod specific și exclusiv la întinderea competențelor lichidatorului menționat în cadrul unei proceduri de faliment<sup>30)</sup>.

Dimpotrivă, a stabilit Curtea că acțiunea introdusă împotriva unui terț de un reclamant care acționează în temeiul unei cesiuni de creanță consimțite de lichidatorul desemnat în cadrul unei proceduri de insolvență, având ca obiect dreptul de revocare pe care acest lichidator îl are potrivit legii naționale aplicabile acestei proceduri, nu are o legătură suficient de strânsă cu procedura insolvenței pentru a fi exclusă de la sfera de reglementare a Regulamentului nr. 44/2001<sup>31)</sup>, deși acțiunea

---

lui 1997 fără surplus după lichidare. La 19 martie 2002, instanța din Malmö a ordonat lichidarea Industri. Sesizată de Industri, o instanță austriacă a constatat că lichidatorul, desemnat în Suedia, nu avea competența de a dispune cu privire la bunuri situate în Austria și, prin urmare, a pronunțat nulitatea dobândirii părților sociale de către Alpenblume. În consecință, acest tribunal a ordonat Scaniahof să înregistreze societatea Industri în calitate de proprietar al părților sociale cedate de masa credală. Alpenblume a participat în procedura austriacă în calitate de intervenientă, cererea sa fiind respinsă de instanța austriacă. La 24 august 2004, Alpenblume a sesizat o instanță suedeză cu o acțiune în revendicare îndreptată împotriva Industri, privind aceleași părți sociale, solicitând ca Industri să fie obligată să ia toate măsurile necesare pentru înregistrarea Alpenblume în calitate de proprietar legitim al părților sociale menționate, sub sancțiunea unor penalități cu titlu cominatoriu. În calea de atac, instanța din Malmö a sesizat Curtea cu întrebarea preliminară.

<sup>30)</sup> CJCE, cauza c-111/08, *Industri AB*, par. 25-28, 30, 31 și 33.

<sup>31)</sup> CJUE, cauza c-213/10, *F-Tex*, Hotărârea din 19 aprilie 2012. Din punctul de vedere al stării de fapt, între lunile februarie și iunie 2001, NPLC, al cărei sediu social era în Germania, a plătit, în condițiile în care se afla faptic în stare de insolvență, suma de 523 700,20 LTL către Jadecloud-Vilma, al cărei sediu social era situat în Lituania. La 24 ianuarie 2005, instanța din Germania a deschis procedura de insolvență împotriva NPLC. Potrivit constatărilor instanței de trimitere, unicul creditor era F-Tex, al cărei sediu social era situat în Letonia. Prin contractul din 28 august 2007, lichidatorul desemnat în cadrul procedurii deschise împotriva NPLC a cesionat către F-Tex toate creanțele pe care NPLC le avea față de terți, inclusiv dreptul de a solicita Jadecloud-Vilma să restituie sumele pe care aceasta le promisese în perioada februarie-iunie 2001 (în perioada suspectă, conform dreptului german). Această cesiune a fost consimțită fără nicio garanție din partea lichidatorului în privința conținutului creanțelor, a cuantumului lor și a posibilității obținerii executării lor, în fapt și în drept. F-Tex nu era obligată din punct de vedere legal să procedeze la recuperarea creanțelor dobândite prin cesiune. În ipoteza în care ar fi decis să le recupereze, s-a convenit ca aceasta să plătească lichidatorului 33 % din veniturile astfel obținute. F-Tex a formulat în fața instanțelor lituaniene o acțiune prin care a solicitat desființarea

revocatorie însuși, dacă ar fi fost exercitată de către însuși lichidatorul, intră în sfera Regulamentului nr. 1346/2000<sup>32)</sup>.

Înainte argumentării acestei soluții, Curtea oferă o analiză extinsă a raportului dintre Regulamentul nr. 1346/2000 și Regulamentul nr. 44/2001<sup>33)</sup>, concluzionând că, în primul rând, art. 1 alin. (2) lit. b) din Regulamentul nr. 44/2001 nu exclude din domeniul de aplicare al acestui regulament, care are vocația de a se aplica în privința tuturor aspectelor de drept civil și comercial, cu excepția anumitor aspecte bine definite, decât acțiunile care derivă direct dintr-o procedură de insolvență și care sunt strâns legate de aceasta. Din aceleași considerații reiese, în al doilea rând, că numai acțiunile care derivă direct dintr-o procedură de insolvență și care sunt strâns legate de aceasta intră în domeniul de aplicare al Regulamentului nr. 1346/2000.

Acțiunea în anularea transferurilor patrimoniale din perioada suspectă, exercitată de către cesionar, nu de către lichidatorul însuși, este o acțiune civilă sau comercială, întrucât deși prezintă o legătură certă cu procedura de insolvență, această legătură nu este suficientă pentru a atrage incidența Regulamentului nr. 1346/2000<sup>34)</sup>. Exercitarea dreptului dobândit de cesionar se supune altor reguli decât cele aplicabile unei proceduri de insolvență. În primul rând, spre deosebire de lichidator, care este, în principiu, ținut să acționeze în interesul creditorilor, cesionarul este liber să exercite sau să nu exercite dreptul de creanță pe care l-a dobândit, iar în speță cesionarul nu era obligat din punct de vedere legal să procedeze la recuperarea creanței cedate. În al doilea rând, cesionarul, atunci când decide să își exercite dreptul de creanță, acționează în interes propriu și pentru beneficiul personal. Asemănător dreptului de creanță pe care se întemeiază cererea sa, produsul acțiunii pe care o intenționează intră în patrimoniul său personal. Consecințele acțiunii sale sunt astfel diferite de cele ale unei acțiuni revocatorii formulate de lichidator, care are ca scop creșterea activului întreprinderii care face obiectul unei proceduri de insolvență, iar remunerarea procentuală a lichidatorului, ulterior închiderii procedurii, nu afectează această concluzie. În plus, în dreptul german, care este, în litigiul principal, legea aplicabilă procedurii de insolvență, închiderea acestei

---

transferului efectuat de către NPLC către Jadecloud-Vilma, moment în care s-a ridicat problema clarificării naturii juridice a acestei acțiuni. Rezumând, prin acțiunea principală se solicită restituirea de către părât a sumelor pe care le-a primit de la un debitor înainte de deschiderea, împotriva acestuia din urmă, a unei proceduri de insolvență. Reclamantul își întemeiază acțiunea pe cesiunea de creanță care i-a fost consimțită de lichidatorul desemnat în cadrul procedurii menționate. Această cesiune avea ca obiect dreptul de revocare pe care Legea germană referitoare la procedura de insolvență îl conferă lichidatorului în privința actelor care au fost executate înainte de deschiderea procedurii de insolvență și care sunt prejudiciabile pentru creditorii care participă la procedura respectivă. Acțiunea revocatorie, reglementată în dreptul german de articolul 129 și următoarele din Legea privind procedura de insolvență, nu poate fi exercitată decât de către lichidator și exclusiv în vederea apărării intereselor masei creditorilor. Potrivit Guvernului german, dreptul de revocare poate totuși să facă obiectul unei cesiuni în măsura în care aceasta face obiectul unei contraprestații considerate ca fiind echivalentă, în profitul masei creditorilor.

<sup>32)</sup> CJCE, cauza C 339/07, *Seagon*, Hotărârea din 12 februarie 2009, par. 28.

<sup>33)</sup> CJUE, cauza c-213/10, *F-Tex*, par. 19-28.

<sup>34)</sup> Deși scopul hotărârii a fost determinarea competenței, considerentele sunt identice și devin aplicabile într-o speță asemănătoare în care s-ar ridica problema recunoașterii sau executării unei astfel de hotărâri.

proceduri nu are niciun efect asupra exercitării de către cesionar a dreptului de revocare pe care l-a dobândit. Potrivit Guvernului german, acest drept poate fi exercitat de cesionar după închiderea procedurii de insolvență, sens în care acțiunea (și implicit hotărârea dată în cadrul ei) sunt supuse regimului general din materie civilă și comercială (Regulamentul nr. 44/2001 sau 1215/2012, după caz)<sup>35</sup>.

Pentru considerente similare cu cele expuse mai sus, acțiunea în plata unei creanțe întemeiate pe furnizarea de servicii de transport, exercitată de lichidatorul unei întreprinderi aflate în faliment, desemnat în cadrul unei proceduri de insolvență deschise într-un stat membru, și îndreptată împotriva beneficiarului acestor servicii, stabilit în alt stat membru, este o acțiune în materie civilă și comercială, fără o legătură suficientă cu procedura de insolvență pentru a atrage incidența Regulamentului nr. 1346/2000<sup>36</sup>.

#### **4. Executarea și recunoașterea în România a procedurilor de insolvență și a hotărârilor pronunțate de autorități care dezbat proceduri de insolvență în state nemembre ale Uniunii Europene**

Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență reglementează condițiile recunoașterii în România a unor proceduri de insolvență desfășurate în străinătate, precum și recunoașterea și executarea hotărârilor date în astfel de proceduri.

Faptul că insolvența transfrontalieră constituie cadru și limită pentru executarea silită transfrontalieră și atunci când elementul de extraneitate este situat în afara Uniunii Europene rezultă din analiza art. 292 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, potrivit căruia „de la data recunoașterii procedurii străine principale este împiedicată pornirea următoarelor cereri și acțiuni, judiciare sau extrajudiciare, iar dacă acestea sunt deja pornite, ele se suspendă de drept: a) cererile sau acțiunile cu caracter individual, vizând bunuri, drepturi și obligații ale debitorului; b) actele, operațiunile și orice alte măsuri de executare individuală asupra bunurilor debitorului”. Restrângerea cadrului executării silită transfrontaliere operează nu numai împotriva bunurilor debitorului situate în România, dar și atunci când debitorul este cel care acționează pe teritoriul țării în vederea recuperării creanțelor, întrucât alin. (3) al aceluiași text normativ prevede că de la momentul recunoașterii, „exercițiul dreptului de a înstrăina, de a greva sau de a dispune în orice alt mod de bunurile debitorului este suspendat. Actele efectuate cu încălcarea acestor prevederi sunt nule de drept”, cu excepția exercitării obișnuite a activității curente. De asemenea, Legea nr. 85/2014 recunoaște, la art. 291 și 293, posibilitatea luării de către instanța română, încă de la data sesizării sale cu cererea de recunoaștere, a unor măsuri provizorii cum ar fi: suspendarea acțiunilor ori a cererilor cu caracter individual referitoare la bunurile, drepturile și obligațiile debitorului, inclusiv a măsurilor individuale de executare; suspendarea exercițiului dreptului de a înstrăina, de a greva sau de a dispune în orice alt mod de bunurile debitorului; însărcinarea reprezentantului străin sau a altei persoane desemnate de instanță cu administrarea sau valorificarea tuturor sau a unora dintre bunurile debitorului, situate în România.

<sup>35</sup> CJUE, cauza c-213/10, *F-Tex*, par. 41-47.

<sup>36</sup> CJUE, cauza c-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition*, Hotărârea din 4 septembrie 2014.

O procedură străină poate fi recunoscută ca procedură principală sau secundară, conform art. 292 alin. (2) din lege, în funcție de existența în statul unde a fost deschisă a sediului principal al debitorului, respectiv a unui alt sediu, în accepțiunea pe care legea română o oferă acestor termeni. Cu toate acestea, nu rezultă din ansamblul reglementării care ar fi diferența între recunoașterea unei proceduri străine ca fiind principală sau secundară, efectele recunoașterii fiind reglementate în mod uniform. Apreciem negativ și trimiterea pe care art. 279 din Legea nr. 85/2014 o face la prevederile Codului civil privind reglementarea raporturilor de drept internațional privat, întrucât capitolul dedicat insolvenței cuprinde aproape în exclusivitate norme juridice de drept procesual, nu norme conflictuale, situație în care trimiterea trebuia făcută la prevederile din Codul de procedură civilă privind procesul civil internațional. Nu în ultimul rând, remarcăm structura greu de urmărit a capitolului, care începe cu norme de competență teritorială, continuă cu reglementarea motivelor de refuz al recunoașterii, cu atribuțiile reprezentantului străin și drepturile creditorilor străini, după care se prevăd condițiile cererii de recunoaștere și efectele formulării acestei cereri.

Din punctul de vedere al motivelor de refuz al recunoașterii procedurii din străinătate, legea indică în mod direct fraudă și ordinea publică de drept internațional privat român. În lipsa unei definiții specifice, trebuie să acceptăm că aceasta din urmă se referă la noțiunea echivalentă de la art. 2.564 alin. (2) C. civ., potrivit căruia „aplicarea legii străine încalcă ordinea publică de drept internațional privat român în măsura în care ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului”.

Spre deosebire de ordinea publică, fraudă este sancționată mai larg în Legea nr. 85/2014 decât în Codul civil, unde doar fraudarea legii române atrage consecințe. S-a arătat că, în materia insolvenței, fraudă poate privi legea statului unde hotărârea a fost emisă, legea statului unde este invocată sau legea altui stat. În acest sens, dacă în statul în care a fost emisă, legea a fost fraudată, hotărârea nu va fi recunoscută în România<sup>37)</sup>. Apreciem negativ și extinderea sferei de incidență a fraudei, dar și prevederile art. 278 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, potrivit căruia „constituie un temei de refuz al recunoașterii, în sensul alin. (1), încălcarea dispozițiilor legale”, fără indicarea niciunui criteriu pentru a identifica despre ce dispoziții legale este vorba: din România, din statul de origine sau dintr-un stat terț, dispoziții imperative sau nu etc. Practic, prin introducerea acestui text, instanța română devine investită să rejudece procesul care a condus, în străinătate, la deschiderea procedurii, prin posibilitatea de a reanaliza pe fond orice elemente deja dezlegate de instanța străină.

<sup>37)</sup> R. Bufan ș.a., *op. cit.*, p. 939. Este, totuși, dificil de susținut opinia autorilor cu privire la diferența dintre efectele fraudei și ordinii publice ca motiv de refuz al recunoașterii, în sensul că, prin fraudă, hotărârea nu are aplicabilitate în statul de origine și nu poate fi recunoscută în România. Dacă hotărârea nu se aplică în statul de origine, prin ipoteză constatarea fraudei s-a realizat deja acolo, și atunci nu se pune problema recunoașterii efectelor unei hotărâri fără efecte în statul de origine. Autorii suprapun, credem noi incorect, ipoteza fraudei constatate în statul de origine, care exclude *de plano* o extindere a efectelor unei hotărâri date în străinătate, cu cea a fraudei neconstatate în statul de origine, dar invocate în fața instanței române cu ocazia cererii de recunoaștere a procedurii. În această ipoteză, hotărârea produce efecte în statul de origine, similar situației ordinii publice.

În aceste condiții, nu mai poate fi vorba despre recunoaștere, ci doar despre rejudicarea de către instanța română a cererii introductive din străinătate, opțiune a legiuitorului român dificil de explicat.

Cât privește cerințele pozitive pentru recunoașterea procedurii străine, din punct de vedere material, competent să judece cererea de recunoaștere este tribunalul. În esență, din punct de vedere al fondului, conform art. 289 din lege, procedura străină trebuie să îndeplinească toate criteriile de calificare din Legea nr. 85/2014 privind calificarea unei proceduri ca fiind de insolvență, respectiv privind calitatea reprezentantului străin. Formal, art. 287 solicită o copie certificată a hotărârii de deschidere a procedurii străine și de desemnare a reprezentantului străin, respectiv o adeverință emisă de instanța străină prin care se certifică existența unei proceduri străine și desemnarea reprezentantului străin. Cu toate acestea, legiuitorul român dă dovadă de flexibilitate, arătând că, în lipsa mijloacelor de probă indicate expres, orice altă dovadă de deschidere a procedurii străine și de desemnare a reprezentantului străin, admisibilă în condițiile dreptului comun, poate fi acceptată.

Așa cum am arătat, odată recunoscută o procedură străină de insolvență, fie ca procedură principală, fie ca procedură secundară, aceasta limitează executarea silită atât împotriva activelor debitorului situate pe teritoriul României, cât și în ceea ce privește executarea de către debitor a creanțelor pe care și le poate valorifica în România.

## 5. Concluzii

Influențele insolvenței transfrontaliere asupra executării silite transfrontaliere nu se reduc, cu siguranță, la cele analizate mai sus. Prezenta lucrare are ca scop prezentarea unei priviri de ansamblu asupra interferențelor dintre cele două instituții, cu accent pe componenta insolvenței, atât din punct de vedere al interacțiunii cu elemente de extraneitate din Uniunea Europeană, cât și cu elemente de extraneitate extraeuropene.

# TEORIA IMPREVIZIUNII PRIN PRISMA CODULUI CIVIL AL REPUBLICII MOLDOVA

*Conf. univ. dr. Leonid CHIRTOACĂ\**  
*Doctor în drept, cercetător științific*  
*Institutul de Cercetări Juridice și Politice al*  
*Academiei de Științe din Moldova, avocat*

## § Unpredictability theory through the Civil code of the Republic of Moldova

### **Abstract:**

*The unpredictability theory or adjustment of the contract in the event of variance of circumstances is both an element of novelty and provocation introduced in the legislation of the Republic of Moldova through art. 623 of the Civil Code. Being criticised by some doctrinarians and appreciated by others, it is certain that the institution of unpredictability was created in the conditions of economic crisis and due to economic and financial problems that could not be foreseen by the parties at the conclusion of the contract. Unpredictability institution aims to review the effects of the legal act after breaking contractual balance and adaption of legal institutions to new requirements of the society.*

**Keywords:** the unpredictability theory, adjustment of the contract, will of the parties, hardship, rebus sic stantibus.

Fundamentul principiului libertății contractuale sau concepția autonomiei de voință, formulată de juristul francez Charles Dumoulin<sup>1)</sup>, îmbunătățită de filosofia individualistă și materializată în Codul civil francez din 1804 a fost preluată de-a lungul timpului de marea majoritate a statelor, inclusiv de vechea legislație civilă a Republicii Moldova<sup>2)</sup>, care a reglementat preponderent relațiile economico-juridice socialiste.

---

\* E-mail: leonid.chirtoaca@gmail.com.

<sup>1)</sup> I. Filipescu, *Drept internațional privat*, Ed. Procardia, București 1993, p. 88.

<sup>2)</sup> Codul civil din 26 decembrie 1964, publicat în Buletinul Oficial la 26 decembrie 1964, abrogat prin Legea nr. 1107 din 12 iunie 2003.

Potrivit acestei teorii, voința umană este liberă, neîngrădită și autonomă, părțile contractante, exclusiv, prin voința lor, pot da naștere unui contract care își va produce efectele urmărite de părți. Printre argumentele filosofice ale acestei teorii, s-a menționat că, atunci când oamenii își asumă obligații prin contract, își limitează libertatea prin propria voință, de aceea voința individuală își trage putere creatoare de obligație din ea însăși, nu de la lege<sup>3)</sup>.

În literatura juridică<sup>4)</sup>, teoria impreviziunii, este prezentată ca o împrejurare potrivit căreia una din părți poate să nu execute contractul sau să îl execute în condiții mai lesnicioase decât cele stabilite inițial, dacă după încheierea acestuia survin împrejurări independente de voința părților care fac foarte oneroasă obligația uneia dintre părți încât depășește tot ce putea să prevadă la data încheierii contractului.

Majoritatea principiilor generale care formează bazele legislației civile în Republica Moldova se regăsesc în alin. (1) al art. 1 din Codul civil<sup>5)</sup>, iar odată cu principiul egalității participanților la raporturile juridice civile, inviolabilității proprietății, inadmisibilității imixtiunii în afacerile private, realizării libere a drepturilor civile, garantării restabilirii persoanei în drepturile lezate, legiuitorul consacră expres și principiul libertății contractuale. Acest principiu se completează cu prevederile alin. (2) art. 1 C. civ., potrivit căruia, persoanele fizice și juridice sunt libere să stabilească pe bază de contract drepturile și obligațiile lor, orice alte condiții contractuale, dacă acestea nu contravin legii.

În legislația noastră principiul libertății de voință în materia contractelor este garantat și prin prisma prevederilor art. 667 C. civ., conform căruia părțile contractante pot încheia în mod liber, în limitele normelor imperative de drept, contracte și pot stabili conținutul lor. Dacă, în scopul protecției intereselor prioritare ale societății sau ale unui individ, efectele unui contract depind de încuviințarea autorităților statului, limitările și condiționările trebuie reglementate prin lege<sup>6)</sup>.

Astfel, nu încapă îndoială că în virtutea respectării principiului libertății de voință, legiuitorul a prevăzut că persoanele fizice și juridice sunt libere să stabilească pe bază de contract drepturile și libertățile lor, precum și orice alte condiții contractuale, dacă acestea nu contravin legii<sup>7)</sup>. Obligarea persoanei la încheierea unui contract este interzisă, cu excepția cazurilor când obligația de a contracta este prevăzută de Codul civil, de lege sau dacă reiese dintr-o obligație asumată benevol<sup>8)</sup>.

Din textele de lege citate rezultă că libertatea de voință a părților, deși nu este absolută, statul, care are atribuții de legiferare, nu se amestecă în procesele economice pentru asigurarea proporționalității și echilibrului economic, însă garantează executarea contractului și sancționează neexecutarea totală sau parțială a acestuia. Totodată, în anumite situații urmărind scopul protecției intereselor pri-

<sup>3)</sup> L. Pop, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Chemarea, Iași, 1994, p. 31.

<sup>4)</sup> I. Filipescu, *Drept internațional privat*, Ed. Academiei Române, București 1991, p. 325.

<sup>5)</sup> Codul civil al Republicii Moldova nr.1107 din 6 iunie 2002, publicat în M. Of. nr. 82-86 din 22 iunie 2002, în vigoare din 12 iunie 2003.

<sup>6)</sup> Alin. (1) art. 667 C. civ.

<sup>7)</sup> Alin. (2) art. 1 C. civ.

<sup>8)</sup> Alin. (2) art. 667 C. civ.

oritare ale societății sau chiar a drepturilor și libertăților unei/unor persoane, efectele contractului pot fi limitate sau condiționate, cu condiția ca aceste limitări și condiționări să fie reglementate prin lege.

În acest sens legiuitorul deși pune la bază principiul forței obligatorii a contractului, care prevede că contractul încheiat legal obligă părțile nu numai la ceea ce au stipulat expres, dar și la tot ceea ce rezultă din natura lui în conformitate cu legea, cu uzanțele sau cu principiile echității<sup>9)</sup>, precum și principiul bunei-credințe, potrivit căruia persoanele trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile cu bună-credință, în acord cu legea, cu contractul, cu ordinea publică și cu bunele moravuri. Buna-credință se prezumă până la proba contrară<sup>10)</sup>.

Printre excepțiile de la obligativitatea contractului încheiat legal între părți, în legislația civilă a Republicii Moldova se regăsește și teoria ajustării contractului în cazul modificării esențiale a împrejurărilor, denumit în doctrină teoria impreviziunii<sup>11)</sup>. Astfel, conform art. 623 C. civ., denumit ajustarea contractului în cazul modificării împrejurărilor, s-a statuat că, *dacă împrejurările care au stat la baza încheierii contractului s-au schimbat în mod considerabil după încheierea acestuia, iar părțile, prevăzând această schimbare, nu ar fi încheiat contractul sau l-ar fi încheiat în alte condiții, se poate cere ajustarea contractului. Dacă ajustarea contractului la noile împrejurări este imposibilă sau nu se poate impune uneia din părți, partea dezavantajată poate cere rezoluțiunea contractului, iar în cazul contractului cu executare succesivă în timp, rezilierea acestuia*<sup>12)</sup>.

În legislația noastră acest principiu a fost preluat din Codul civil al Germaniei (art. 313), în urma modificărilor instituite în anul 2000, precum și din Principiile dreptului european al contractelor (Principles of European Contract Law 2002)<sup>13)</sup>, în special art. 6:111, denumit - Schimbarea circumstanțelor<sup>14)</sup>, și din Principiile UNIDROIT 2004<sup>15)</sup> aplicabile contractelor comerciale internaționale, unde clauza hardship este reglementată în art. 6.2.1-6.2.3.

Analizând aceste prevederi legale, se constată că acest principiu are scopul înfrângerii principiului autonomiei de voință și restrângerii forței obligatorii a contractului, totodată permite expres neexecutarea obligațiilor contractuale imputabile debitorului, adică permite acestuia să execute contractul în alte condiții decât cele stabilite la încheierea lui.

Dreptul de a soluționa litigiul revine instanței judecătorești, care poate dispune ajustarea contractului doar dacă va constata că împrejurările care au stat la baza

---

<sup>9)</sup> Alin. (1) art. 668 C. civ.

<sup>10)</sup> Alin. (1) art. 9 C. civ.

<sup>11)</sup> C.E. Zamșa, *Teoria impreviziunii*, Ed. Hamangiu, București, 2006.

<sup>12)</sup> Alin. (1) art. 623 C. civ.

<sup>13)</sup> <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html> vizitat la 10.02.2015.

<sup>14)</sup> <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html> vizitat la 10.02.2015.

<sup>15)</sup> UNIDROIT, Institutul Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat, *Principiile UNIDROIT aplicabile contractelor comerciale internaționale*, Ed. Minerva, București, 2006, p. 190-200.



încheierii contractului s-au schimbat în mod considerabil după încheierea acestuia, iar părțile, prevăzând această schimbare, nu ar fi încheiat contractul sau l-ar fi încheiat în alte condiții.

Potrivit prevederilor alin. (5) art. 623 C. civ., legiuitorul a prevăzut că „*Dacă ajustarea contractului la noile împrejurări este imposibilă sau nu se poate impune uneia din părți, partea dezavantajată poate cere rezoluțiunea contractului, iar în cazul contractului cu executare succesivă în timp, în locul rezoluțiunii se recurge, din motive temeinice, la rezilierea contractului*”.

Astfel, rezultă că partea îndreptățită (debitorul) poate solicita ajustarea atât a contractului cu executare imediată, cât și a contractului cu executare succesivă. Dacă în cazul contractelor cu executare succesivă și continuă, precum și al contractelor afectate de termenul suspensiv, fără îndoială, pot apărea împrejurări care s-au schimbat considerabil în timp de la data încheierii contractului, fapt ce justifică necesitatea ajustării contractului sau rezilierea acestuia, situația este total diferită în contractele cu executare imediată. Sub acest aspect prevederile legale privitoare la dreptul debitorului de a invoca ajustarea contractului cu executare imediată suscită neclarități și lasă loc de interpretare.

De asemenea, acest text de lege acordă împuterniciri semnificative judecătorului, instanței de judecată, imparțialitatea și independența căreia de mai mult timp este larg discutată în societate, cu atât mai mult că lipsa litigiilor de acest gen în instanțele judecătorești în acest moment ne determină să credem că legalizarea acestui principiu în forma actuală este o butaforie și prematură în societatea noastră.

În opinia noastră, considerăm inadmisibilă ajustarea contractului cu executare imediată datorită schimbării împrejurărilor (faptelor) care au stat la baza încheierii acestuia, or, executarea propriu-zisă a contractului ține de domeniul economicului și mai puțin de domeniul juridic. Dreptul de ajustare a contractului cu executare imediată în redacția actuală se asociază cu principiul „schimbării regulilor de joc în timpul meciului”, or, contractul încheiat în baza acordului de voință este „legea părților”, și prin definiție trebuie să întrunească cele patru criterii generale de claritate, precizie, previzibilitate și predictibilitate, astfel încât părțile să își poată conforma conduita și să evite consecințele nerespectării acestuia.

Problematika libertății juridice are un caracter mult mai complex în raporturile sociale decât în raporturile oamenilor cu natura. Atunci când vorbim despre voința generatoare de efecte juridice se are în vedere nu numai dreptul obiectiv al societății și condițiile materiale de existență, dar și existența unei anumite necesități de ordin juridic, formată din totalitatea normelor imperative și a unor principii de drept, precum și din complexul relațiilor care formează ceea ce numim ordinea publică.

Astfel, deși legislația noastră proclamă principiul libertății de voință în materie contractuală ceea ce prezumă libertatea persoanei de a încheia orice contracte civile, această libertate este vădit limitată, fiind condiționată de viața socială și de norme legale incoerente și premature.

Prin prisma acestei norme, Codul civil al Republicii Moldova stimulează intervenția statului în domeniul contractual, ceea ce restrânge substanțial forța obligatorie a contractului și diminuează încrederea reciprocă a părților contractante. Intervenția statului se realizează atât prin legile adoptate, cât și prin intermediul

instanțelor de judecată, cărora le revine sarcina să contracareze intervențiile în echilibrul contractului și să soluționeze litigiile apărute între părți doar atunci când actul juridic este nul și anulabil în temeiurile prevăzute de Codul civil.

Privitor la procedura și soluția ajustării contractului, rolul instanței de judecată este unul hotărâtor, extrem de responsabil și important, iar judecătorul, pe lângă competența, obiectivitatea și imparțialitatea de care trebuie să dea dovadă la pronunțarea hotărârii de ajustare a contractului, are o misiune extrem de complexă de a aprecia dacă dispozițiile contractuale au fost influențate semnificativ de anumite aspecte obiective și care nu au putut fi prevăzute de părți la încheierea contractului. Modificarea condițiilor trebuie să fie importantă și substanțială pentru economia contractului și să nu se reducă doar la o simplă fluctuație monetară sau o neînsemnată variație a unor împrejurări economice. Judecătorul trebuie să se convingă că dezechilibrul dintre contraprestațiile părților nu putea fi prevenit la data încheierii contractului, iar părțile au dat dovadă de bună-credință, maximă diligență și prudență în procesul negocierii acestuia.

În concluzie trebuie să menționăm că instituția impredictibilității sau ajustării contractului în cazul modificării împrejurărilor reprezintă un element de noutate și o provocare în legislația Republicii Moldova, iar implementarea acestei teorii va depinde de atitudinea conștiințioasă și responsabilă de care trebuie să dea dovadă părțile contractante la negocierea și încheierea contractelor civile, precum și de maturitatea, independența și obiectivitatea judecătorului chemat să soluționeze litigiile de acest gen. În prezent, distanță mai mare de 10 ani de la intrarea în vigoare a Codului civil, în practica judiciară se regăsesc foarte puține soluții definitive privitor la acest subiect, ceea ce presupune că această normă este amorfă, de decor, sau poate părțile nu se adresează în judecată deoarece nu au încredere că le va face dreptate, precum și un șir de alte cauze.

Totodată, reieșind din specificul științei dreptului, laboratorul căreia este jurisprudența (practica instanțelor judecătorești), care pe lângă faptul că este una lentă, ezitantă și uneori contradictorie, ceea ce de multe ori nu permite cercetătorului să verifice imediat pe cale experimentală exactitatea conceptelor cu care lucrează și rezultatele obținute, lipsa la moment a practicii judiciare privitor la problematica cercetată nu ne permite să susținem sau să criticăm suficient de argumentat această teorie, însă ne determină să continuăm cercetările asupra acestui concept și să revenim cu noi rezultate, oferind justițiabililor și celor interesați soluțiile doctrinare adecvate.

### Bibliografie:

- Codul civil al Republicii Moldova nr. 1107 din 6 iunie 2002, publicat în Monitorul Oficial nr. 82-86 din 22 iunie 2002, în vigoare din 12 iunie 2003.
- S. Baieș, A. Băieșu, V. Cebotari, I. Crețu, V. Volcinschi, *Drept civil. Drepturile reale. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Cartier, Chișinău, 2005.
- I. Adam, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014.
- I. Dogaru, P. Drăghici, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor în reglementarea NCC*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014.
- L.R. Boilă, *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014.
- I. Dogaru, D.C. Dănișor și alții, *Drept civil român. Idei producătoare de efecte juridice*, Ed. ALL Beck, București, 2002.
- C.E. Zamșa, *Teoria impreviziunii*, Ed. Hamangiu, București, 2006.
- V.Fl. Bradin, *Impreviziunea contractuală și imposibilitatea fortuită de executare*, Revista Studii și cercetări juridice europene/European Legal Studies and Research, Ed. Universul Juridic, București, 2013.
- L. Chirtoacă, *Drept civil, Partea generală*, Ed. CEP USM, Chișinău, 2008.
- L. Chirtoacă, *Regimul juridic al contractului de navlosire în drept comparat, cu specială privire la dreptul românesc și rusesc*, Ed. CEP USM, Chișinău, 2011.
- C. Stătescu, C. Birsan, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. ALL, București, 2002.
- I. Filipescu, *Drept internațional privat*, Ed. Academiei Române, București, 1991.
- I. Filipescu, *Drept internațional privat*, Ed. Procardia, București, 1993.
- L. Pop, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Chemarea, Iași, 1994.
- Gh. Beleiu, *Teoria impreviziunii - rebus sic stantibus*, Dreptul nr. 10-11/1993.
- Рожкова М.А., Отдельные аспекты доказывания существенного изменения обстоятельств (по статье 451 ГК РФ), Вестник ВАС РФ, №4 / 2001.
- Цвайгерт К., Кётц Х., Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Том 2. - Перевод с немецкого, Издательство Международные отношения, Москва 1998.

# CONCEPTUL DE CONSTRUCTOR DE BUNĂ-CREDINȚĂ ÎN ACCEPȚIUNEA VECHIULUI ȘI NOULUI COD CIVIL STUDIU COMPARATIV DE DOCTRINĂ ȘI JURISPRUDENȚĂ

Lect. univ. dr. Maria Marieta SOREAȚĂ  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova

## § The Concept of Building Contractor in Good Faith as Provided in the Old and New Civil Code

### A Comparative Study of Doctrine and Case Law

#### Abstract:

*The concept of a **builder in good faith** is found both in the regulation of the Old Civil Code and the regulation of the New Civil Code. The foundation of this institution is essentially the same under the two regulations, but the regulation of the New Civil Code probes the introduction of some more definite criteria in respect of which it can be made the distinction between a **builder in bad faith and one in good faith**. The legal practice previous to the new regulation contained contradictory solutions on the criteria that can be considered by the judge at the appreciation of the good faith of the builder, this study intending to highlight the gaps of the previous regulation, the novelty of the New Civil Code in subject and especially the concrete practical consequences that can generate the current regulation.*

**Keywords:** *builder in good faith, sustainable autonomous works, added sustainable autonomous works, necessary added works, useful added works.*

Pentru elaborarea studiului de față am fost motivată de împrejurarea că sub imperiul reglementării conținute în vechiul Cod civil, în materia accesiei imobiliare artificiale, am întâlnit în practica judiciară soluții în care instanțele de judecată aveau

motivări diferite în privința criteriilor în raport de care, într-o situație concretă, apreciau un constructor ca fiind de bună-credință. Sigur că soluțiile astfel pronunțate erau justificate de faptul că în vechiul Cod civil buna-credință a constructorului primea o reglementare extrem de largă. Buna-credință în sensul art. 494 din vechiul Cod civil era fundamentată pe existența unui titlu care crea constructorului convinșerea eronată că este titularul dreptului de proprietate sau a altui drept real asupra terenului, drept care îi permitea să edifice lucrarea pe acel teren. Generic era considerat constructor de bună-credință cel care ridică o construcție, face o plantație sau o altă lucrare pe un teren, având convingerea fermă că acel teren este proprietatea sa.

Părea că vechea reglementare acordă prevalență elementului subiectiv constând în reprezentarea pe care constructorul a avut-o la momentul edificării cu privire la calitatea sa de proprietar asupra terenului astfel ocupat. În acest sens, în lipsa unei definiții exprese a constructorului de bună-credință, sub imperiul vechii reglementări s-a făcut aplicarea dispozițiilor art. 486 din vechiul Cod civil, ce reglementa ipoteza posesorului de bună-credință căruia i se recunoștea dreptul la dobândirea fructelor unui bun ce trebuia restituit. Dispozițiile art. 486 din vechiul Cod civil defineau posesorul de bună-credință ca fiind cel care posedă un lucru ca un proprietar, în puterea unui lucru translativ de proprietate, ale cărui vicii nu îi sunt cunoscute<sup>1)</sup>. Prin interpretarea corelată a dispozițiilor legale cu incidență în materie, practica judiciară a conturat domeniul de aplicare al bune-credințe în această materie, buna-credință în general trebuind să rezulte din existența unui titlu ale cărui vicii nu sunt cunoscute de către dobânditor sau din alte împrejurări care ar reflecta faptul că, la momentul edificării, constructorul a avut convingerea că terenul îi aparține sau îi va aparține în mod cert în viitor. De asemenea, s-a conturat opinia majoritară că reaua-credință a constructorului este anihilată atunci când a fost încurajat în edificarea construcției prin atitudinea de toleranță și pasivitate a proprietarului<sup>2)</sup>. Totuși, regulile anterior amintite se înfățișau în vechea reglementare fie ca soluții oferite de doctrină în încercarea de determinare a domeniului de aplicare a normelor cu incidență în materia analizată, fie de jurisprudență în dezlegarea unor litigii în această materie, însă în mod cert acestea nu aveau niciun fel de forță obligatorie pentru dezlegarea unor litigii relative la materia accesunii imobiliare artificiale. Dispozițiile legale de drept comun, conținute în vechiul Cod civil, au fost completate după 1989 cu legislație specială în materia autorizării construcțiilor, precum și în materie de urbanism, reglementări în raport de care calificarea unui constructor ca fiind de bună sau de rea-credință părea mai ușor de realizat prin raportare la respectarea sau nu a procedurilor legale pentru obținerea autorizației de construire, precum și prin raportare la respectarea efectivă a limitelor stabilite printr-o astfel de autorizație.

Astfel, spre exemplu, într-o soluție de speță, judecată potrivit vechiului Cod civil, în care starea de fapt a reflectat că deși a existat autorizație de construire obținută în mod legal, iar construcția a fost realizată potrivit proiectului, încadrarea în zonă

<sup>1)</sup> L. Pop, L.M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, București 2006, p. 277.

<sup>2)</sup> L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 221.

a terenului proprietatea constructorilor s-a făcut în mod greșit, urmare a faptului că în zonă nu au existat delimitări prestabilite față de proprietatea învecinată. În liti-giul având ca obiect grănițuire, revendicare și obligație de a face, respectiv demolare construcție, instanța de judecată a reținut „că legea obligă ca orice construcție să respecte autorizația de construire în baza căreia se verifica dacă ai sau nu dreptul de a construi un imobil, legea fiind în vigoare din anul 1991, iar încălcarea dispozițiilor acestei legi este imputată autorului construcției. Culpă proiectan-tului nu poate profita celui care a ales să intre în raporturi contractuale cu un astfel de specialist, fiind un caz de culpă in eligendo imputabilă constructorului<sup>3)</sup>. Altfel spus, greșita încadrare în zonă reprezintă o nerespectare a autorizației de construire, și indiferent de faptul dacă aceasta a fost urmare a faptei directe sau nu a constructorului, ea este de natură a atrage culpa acestora și pe cale de consecință calificarea de constructor de rea-credință”.

Concret, astfel de situații au apărut în practică pe fondul extinderii așezărilor urbane, ceea ce a presupus înființarea unor cartiere de locuit absolut noi, pe terenuri ce nu aveau delimitări clare între proprietăți, situație care a condus de multe ori la o amplasare greșită a terenului primului constructor în raport cu proprietățile înveci-nate. Potrivit argumentării mai sus expuse, eroarea proiectantului sau a ingineru-lui cadastrist care a stabilit delimitarea terenului proprietatea constructorului este imputabilă proprietarului sub forma unei culpe în alegerea unui specialist competent, considerent pentru care trebuie să fie considerat constructor de rea-credință.

Sigur că o astfel de argumentare tehnică raportată la o lege specială ce a intrat în vigoare în anul 1991 ar putea fi primită, însă apreciez că aceasta nu este în concordanță deplină cu interpretarea dată dispozițiilor din vechiul Codul civil, care reprezintă dreptul comun în materie și care, așa cum am menționat mai sus, acordă prevalență elementului subiectiv constând în percepția pe care a avut-o constructo-rul la momentul edificării construcției cu privire la atributul de a construi pe acel teren. Potrivit interpretării expuse mai sus, poziția subiectivă a constructorului nu mai are niciun fel de relevanță, nu are relevanță nici poziția proprietarului real al terenului care nu a înțeles să sesizeze constructorul cu privire la eroarea de ampla-sament, deși, doctrina și jurisprudența, în majoritate, au reținut astfel de criterii ca fiind esențiale pentru a se aprecia asupra relei sau bune-credințe a constructorului.

Dimpotrivă, constructorul care face toate demersurile obține autorizațiile necesare, apelează la un specialist pentru a determina planul de amplasament și încadra-re în zonă pentru terenul pentru care deține titlul de proprietate, nu poate primi calificarea decât a unui proprietar diligent. Faptul că specialiștii la care a apelat au comis anumite erori la încadrarea în zonă și indentificarea amplasamentului terenu-lui, în condițiile în care nu existau limite de hotar prestabilite și pe tot parcursul edificării construcției, iar proprietarul terenului învecinat nu a reclamat vreo lezare a dreptului său, nu justifică atribuirea calificării de constructor de rea-credință, cu toate consecințele ce decurg din aceasta.

Am căutat un răspuns pentru o astfel de situație în noul Cod civil, care, spre deosebire de vechea reglementare, inserează o definiție expresă a conceptului de bună-credință în materia accesunii imobiliare.

<sup>3)</sup> Curtea de Apel Craiova, s. I civ., dec. 460/14 martie 2014, nepublicată.

În acest sens art. 586 NCC instituie trei ipoteze relative la calificarea constructorului ca fiind de bună-credință.

Potrivit art. 586 alin. (1) din noul Cod Civil, *autorul lucrării este de bună-credință dacă se întemeiază fie pe cuprinsul cărții funciare în care, la data realizării lucrării, era înscris ca proprietar al imobilului, fie pe un mod de dobândire nesupus înscrierii în cartea funciară<sup>4)</sup>, dacă, în ambele cazuri, nu rezulta din cartea funciară și nu a cunoscut pe nicio altă cale viciul titlului său. Cu toate acestea nu poate invoca buna-credință cel care construiește în lipsa sau cu nerespectarea autorizațiilor cerute de lege.*

Relativ la această definiție dată bunei-credințe în materia accesii imobiliare, în doctrină s-a apreciat faptul că buna-credință în materia accesii ar avea o aplicare mult mai restrictivă decât în vechiul Cod civil, justificată de instituirea efectului constitutiv de drepturi al înscrierilor în cartea funciară<sup>5)</sup>, astfel că existența unei înțelegeri între proprietarul imobilului și autorul lucrării prin care primul îi îngăduie celui de-al doilea să realizeze lucrarea face ca dispozițiile din materia accesii să nu se aplice, devenind incidente dispozițiile din materie contractuală.

Totuși, nici noua reglementare nu acordă în mod expres prevalența cuvenită elementului subiectiv, ce ține de conduita și reprezentarea pe care autorul lucrării a avut-o asupra calității sale de proprietar sau titular al altui drept real care i-au conferit și atributul de a efectua lucrări asupra imobilului. Și noul Cod păstrează regula că buna-credință trebuie să se fundamenteze pe un act, care în contextul noilor reglementări ar fi reprezentat de mențiunile din cartea funciară sau pe un alt mod de dobândire nesupus înscrierii în cartea funciară.

Or, practica judiciară a reflectat în mod constat faptul că, în zonele în care nu a existat sistemul de carte funciară, pe fondul reconstituirii dreptului de proprietate în care punerea în posesie s-a realizat fără delimitări și măsurători precise, precum și pe fondul extinderii localităților urbane prin construirea de cartiere rezidențiale, pentru care la momentul inițierii lucrărilor, de asemenea, nu au existat delimitări parcelare clare, s-au creat situații în care starea de drept reflectată de actele de proprietate și mențiunile din cartea funciară a părților este diferită de starea de fapt, în sensul că nu s-a făcut o corectă încadrare în zonă a imobilului sau, mai mult, există suprapuneri între titlurile părților. Pentru astfel de situații, în care autorul lucrării se întemeiază pe înscrierile din cartea funciară, se consideră proprietar, dar care în mod eronat își amplasează construcția, care sunt criteriile în raport de care se poate stabili dacă un constructor estede bună sau de rea-credință?

Este cert faptul că elementul care face diferența întotdeauna este elementul subiectiv, respectiv credința autorului lucrării că este îndreptățit să efectueze lucrarea, element pe care însă nici în Noul Cod civil nu îl regăsim în mod expres menționat. Se poate invoca faptul că în condițiile în care prin art. 14 C. civ.<sup>6)</sup>, ce

<sup>4)</sup> Art. 887 NCC reglementează moduri de dobândire a proprietății nesupuse înscrierii în cartea funciară, respectiv moștenirea, accesiunea naturală, vânzarea silită, exproprierea pentru cauză de utilitate publică și alte cazuri expres prevăzute de lege.

<sup>5)</sup> V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 350.

<sup>6)</sup> Art. 14 C. civ. „Orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri. Buna-credință se prezumă până la proba contrară”.

instituie prezumția de bună-credință, nu ar mai fi necesară o mențiune expresă în acest sens în materia accesiunii. S-ar putea aprecia că autorul lucrării plecând de la prezumția de bună-credință este ținut a dovedi numai înscrierea în cartea funciară sau justul titlu pe care se întemeiază.

Si totuși, de vreme ce Codul civil înțelege să definească în mod expres sintagma de „*bună-credință a autorului lucrării*”, iar din celelalte dispoziții legale regăsim reglementate în mod expres cele două ipoteze ale autorului lucrării de bună-credință și de rea-credință, apreciez că în materia accesiunii autorul lucrării nu se bucură de prezumția de bună-credință, ci, dimpotrivă, în cazul în care îi este contestat dreptul, el este cel care trebuie să facă dovada faptului că a fost de bună-credință la realizarea lucrării. De altfel, proprietarului imobilului îi este suficient să facă dovada că are această calitate, fiind obligația și interesul autorului lucrării de a dovedi că este de bună-credință pentru a putea invoca beneficiile pe care legea le-a instituit în privința autorului de bună-credință.

Pe de altă parte, se arată faptul că buna-credință trebuie să existe la momentul executării lucrării, sintagmă de asemenea imprecisă, întrucât executarea lucrării poate să dureze în timp, așa încât se impune ca buna-credință să existe pe tot parcursul edificării lucrării până la momentul terminării acesteia.

Eficiența practică a reglementării analizate trebuie corelată și cu forța doveditoare pe care o au mențiunile din cartea funciară. În acest sens art. 565 C. civ. statuează că extrasul de carte funciară va face dovada dreptului de proprietate (după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială), până la această dată înscrierea dreptului de proprietate în cartea funciară are ca efect asigurarea opozabilității față de terți. Or, în acest context și aplicarea dispozițiilor art. 586 din Noul Cod de procedură civilă relative la fundamentarea bune-credințe pe mențiunile existente în cartea funciară nu își pot găsi finalitatea urmărită de legiuitor la momentul reglementării. Pentru imobilele ce au carte funciară întocmită după implementarea sistemului de coordonate Stereo 70, ce permite o verificare a amplasamentului indicat prin documentația cadastrală la momentul intabulării dreptului de proprietate, semnalând astfel eventuale suprapuneri, reglementarea mai sus menționată nu poate avea o eficiență concretă. Sunt încă situații extrem de numeroase în care fie cadastrul este întocmit anterior implementării programului de coordonate mai sus menționat, sau sunt imobile care nu au nici în prezent întocmită carte funciară, imobile cu privire la care criteriile de apreciere a bune-credințe indicate în dispozițiile art. 586 din noul Cod civil nu se pot aplica, întrucât mențiunile existente în cartea funciară pot să nu corespundă cu realitatea din teren.

A doua ipoteză reglementată prin dispozițiile art. 586 alin. (2) din noul Cod civil care dispun că *nu poate invoca buna-credință cel care construiește în lipsa sau cu nerespectarea autorizațiilor cerute de lege*, reglementări potrivit cu care va fi constructor de rea-credință cel care va construi fără autorizație sau cu nerespectarea autorizațiilor cerute de lege. În concluzie, potrivit art. 586 alin. (1) teza I, realizarea oricărei lucrări ce necesită autorizare prealabilă, în lipsa obținerii acestor autorizații, face ca autorul lucrării să fie de rea-credință, independent de poziția subiectivă pe care aceste a avut-o la momentul efectuării lucrărilor. Astfel, și aplicarea dispozițiilor art. 586 alin. (1) din noul Cod civil este condiționată de existența



autorizațiilor legale și de respectarea acestora, simpla raportare la mențiunile din cartea funciară sau la un alt mod de dobândire a drepturilor reale în lipsa obținerii autorizațiilor legale face ca elementul subiectiv să fie lipsit de orice eficiență practică.

Regăsim reglementată expres în noul Cod civil ipoteza nerespectării autorizațiilor cerute de lege drept criteriu obiectiv în raport cu care se poate înlătura buna-credință a autorului lucrării, criteriu fundamentat pe argumentul că eliberarea autorizației de construire urmează o procedură administrativă în care se realizează o verificare a titlului solicitantului privitor la imobilul asupra căruia urmează a se realiza o lucrare<sup>7)</sup>. Prin raportare la soluția de speță mai sus expusă, rămâne totuși întrebarea care este înțelesul sintagmei *nerespectare a autorizației* și cât de larg este înțelesul acestui concept. Amintim cu titlu de exemplu o altă soluție de speță în care constructorul și-a fundamentat amplasarea gardului despărțitor pe mențiunile din cartea funciară a proprietarului vecin, în al cărui memoriu tehnic se făcea mențiunea că terenul său este împrejmuit. Ulterior, urmare a purtării unui litigiu între părți ce a avut ca obiect grănițuire, s-a stabilit că linia de hotar este alta decât cea trasată prin gardul despărțitor ridicat de constructor pe vechea delimitare dintre proprietăți, instanța de judecată calificând constructorul ca fiind de rea-credință, întrucât nu a respectat autorizația de construire sub aspectul amplasamentului terenului<sup>8)</sup> și al delimitării corecte dintre proprietățile părților.

Apreciez că și în această ipoteză trebuie să se acorde prevalența convenită elementului subiectiv, constând în reprezentarea pe care constructorul a avut-o la momentul edificării construcției, precum și poziției proprietarului care reclamă vătămarea în dreptul său de proprietate. Făcând o analogie cu instituția prescripției extinctive ce a fost calificată ca o sancțiune aplicată pentru titularul unui drept subiectiv ce rămâne în pasivitate cu privire la exercitarea sau valorificarea dreptului său, precum și cu uzucapiunea care, de asemenea, poate fi privită ca o consecință a pasivității titularului dreptului de proprietate, și beneficiul buneii-credințe a constructorului în materia accesunii imobiliare ar trebui considerat ca o sancțiune pentru proprietarul ce a rămas în pasivitate.

În condițiile în care, în mod obișnuit, edificarea unei construcții sau realizarea unei lucrări se întinde pe un anumit interval de timp și în condițiile în care proprietarul afectat poate sau chiar are cunoștință despre realizarea lucrărilor însă rămâne în pasivitate până la finalizarea acestora, acesta ar trebui lipsit de posibilitatea de a invoca reaua-credință a constructorului, așa cum de altfel a susținut doctrina și sub imperiul reglementării anterioare. Potrivit reglementării conținute de art. 586 alin. (2) din noul Cod civil, un astfel de criteriu nu mai poate fi aplicat, deși apreciez că această soluție nu este deloc echitabilă, sigur, cu excepția cazului în care autorul lucrării a știut de la începutul lucrării că imobilul nu îi aparține. De altfel, această soluție este enunțată de noul Cod civil în dispozițiile art. 593 ce prevăd expres faptul că „*Autorul de rea-credință al lucrării nu poate să opună proprietarului imobilului pasivitatea pe care ar fi vădit-o pe durata realizării lucrării*”. În concluzie, pasivitatea poate fi opusă numai de constructorul de bună-credință, ceea ce duce la

<sup>7)</sup> C. Birsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglemenarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 378.

<sup>8)</sup> A se vedea sent. civ. nr. 4468/2015 pronunțată de Judecătoria Craiova în dosarul nr. 1364/214/2014, nepublicată.

concluzia că pasivitatea proprietarului nu poate constitui un criteriu în raport de care să se poată fundamenta buna-credință a constructorului.

În fine, prin art. 586 alin. (3) din noul Cod civil se statuează că *dispozițiile alin. (1) și (2) sunt aplicabile și autorului lucrării care se întemeiază pe un drept de suprafață sau pe orice alt drept care, potrivit legii, îi permite, realizând o lucrare asupra imobilului altuia, să devină proprietarul acesteia*. Sunt avute în vedere generic ipotezele în care constructorul și-a fundamentat lucrarea pe existența unui drept de suprafață sau al oricărui alt drept real care îi conferea constructorului o astfel de prerogativă (concesiune, administrare, folosință reală)<sup>9)</sup>.

În raport cu reglementarea conținută de art. 586 din noul Cod civil, se pune în discuție admisibilitatea promovării unei acțiuni în constatarea calității de constructor de bună-credință în condițiile prevăzute de art. 35 din NCPC potrivit cu care cel care are un interes poate să ceară constatarea existenței sau inexistenței unui drept. Sub imperiul vechii reglementări, în jurisprudență s-au conturat două opinii, respectiv: o opinie ce a calificat o astfel de acțiune inadmisibilă, cu argumentarea că atât timp cât proprietarul terenului nu a contestat buna-credință a constructorului, acesta din urmă nu are interes să promoveze o acțiune prin care să se confirme buna-credință la edificarea construcției, și o altă opinie potrivit căreia acțiunea este admisibilă în condițiile art. 111 din vechiul Cod de procedură civilă, întrucât atât vreme cât proprietarul terenului nu își valorifică dreptul de a invoca dobândirea proprietății asupra construcțiilor prin accesiune, constructorul nu are o acțiune în realizare între momentul cuprins între data edificării construcției și momentul în care proprietarul terenului își manifestă voința de a valorifica drepturile pe care vechiul art. 494 C. civ. le prevedea în beneficiul său. Cererea privind stabilirea calității de constructor de bună-credință nu este inadmisibilă, întrucât constructorul urmărește stabilirea calității în care a construit, calitate de care va depinde existența și întinderea dreptului său la despăgubire în momentul în care proprietarul terenului va înțelege să uzeze de accesiunea imobiliară<sup>10)</sup>.

Noua reglementare introdusă în materie de Noul Cod civil, cu privire la criteriile în raport cu care se poate constata calitatea de constructor de bună-credință, nu este lămuritoare însă cu privire la admisibilitatea promovării pe cale principală a unei acțiuni în constatarea calității de constructor de bună-credință de către cel care a edificat lucrarea, context în care statuările jurisprudenței conturate sub imperiul vechiului Cod civil rămân pertinente și în raport cu reglementarea actuală.

Concluzionând asupra aspectelor analizate în studiul de față se poate aprecia că fără dubiu reglementarea conținută în Noul Cod civil este mai clară și mai bine structurată, prevede elemente obiective, certe, în raport de care se poate decide cu privire la buna sau rea-credință a constructorului, însă față de diversitatea situațiilor apărute în practică, față de implementarea cu deficiențe considerabile a sistemului de carte funciară în zonele care au fost sub regimul Registrului de Trascriptiuni și Inscriptiuni, aplicarea legii va avea o eficiență efectivă pe termen lung.

<sup>9)</sup> C. Bîrsan, op. cit., p. 387; E. Chelaru, *Comentariu în Fl. Baias*, E. Chelaru, R. Constantinescu, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 654.

<sup>10)</sup> Dec. nr. 110 din 2 februarie 2004, Curtea de Apel București, s. a III-a civ.

# CONSIDERAȚII PRIVIND ÎNCHEIEREA LOGODNEI ÎN CODUL CIVIL ROMÂN

*Lect. univ. dr. Oana MOTICA  
Facultatea de Drept  
Universitatea de Vest din Timișoara*

## § Considerations on the conclusion of the engagement in romanian Civil code

### **Abstract:**

*Through this study, we proposed to analyze the law institution of engagement starting from the legal regulations included in the Civil Code of Romania, due to the fact that this is an important defining element of personal and patrimonial life of the subjects protected by the set of legal rules governing the engagement institution of law, in the premarriage and family formation period. The legislator attention was directed towards this premarriage period, in consideration of the fact that the engaged people signed on this occasion different legal acts, precisely in the purpose of marriage, which, in other circumstances they would not had interest to sign. This is why it was required some legal regulation designed to protect engaged couples from any abuses which might appear during their engagement.*

**Keywords:** engagement, fiances, returning the gifts, abusive breaking of the engagement.

Deși actualul Cod civil al României reglementează logodna, aceasta nu a fost dată uitării de către membrii societății, care, chiar și dacă nu au fost ocrotiți de norme legale în acest sens, și-au făcut promisiuni de căsătorie. Este posibil ca acesta să fie unul dintre argumentele pentru care legiuitorul român a ales să acorde o importanță sporită logodnei, readucând-o astfel în întâmpinarea vieții de familie care se naște ca urmare a încheierii căsătoriei. Astfel că, după o absență destul de lungă din cadrul legislativ al țării noastre, logodna este actualmente reglementată de Codul civil în Cartea a II-a - Despre familie, Titlul II, Capitolul I, art. 266-270, unde se regăsește definiția dată de legiuitor acestei instituții de drept, condițiile care trebuie respectate pentru încheierea sa valabilă și ce se întâmplă în cazul ruperii sale abuzive.

Așadar, logodna nu reprezintă un element de noutate în ceea ce privește normele de drept din țara noastră, aceasta fiind în trecut reglementată în Codul Calimach, potrivit căruia logodna reprezenta „făgăduința pentru următoarea însoțire”. Astfel că existau două situații care se puteau întâlni la acea vreme cu privire la această „făgăduință”, în sensul că putea fi desăvârșită cu consimțământul viitorilor logodnici, care trebuiau să aibă minimum 14 ani bărbatul și minimum 12 ani femeia, precum și cu încuviințarea părinților lor<sup>1)</sup>. Pe de altă parte însă, atunci când logodna se înfățișa sub forma unei tocmești însoțite de o dare de arvună, aceasta era nedesăvârșită, fapt care nu implica în mod obligatoriu încheierea unei căsătorii<sup>2)</sup>.

Legiuirea Caragea constituie un alt izvor de drept al logodnei, care o definea ca fiind „mai întâi cuvântare de tocmeală a nunții”. Ceea ce este foarte interesant de observat în cuprinsul acestor prevederi legale de la vremea respectivă este faptul că logodna se considera desfăcută în cazul în care logodnicii nu se căsătoreau în cel mult 3 ani de la data încheierii logodnei. Chiar dacă aceste dispoziții se aplicau cu multă vreme în urmă, ruperea logodnei obliga foștii logodnici „să dea înapoi, cu osândă de pagubă sau fără osândă, arvunile, adică darurile logodnei”. În această privință, erau de asemenea reglementate și cazurile în care logodna putea fi desfăcută, un exemplu în acest sens fiind situația în care unul dintre logodnici sau chiar amândoi doreau să urmeze viața monahală.

În ceea ce privește dimensiunea socială și juridică a instituției de drept a logodnei, considerăm că demersul legiuitorului în vederea introducerii acesteia în cadrul Codului civil din 2009 are un important impact asupra celor care se află sub incidența unei promisiuni de căsătorie. Din acest punct de vedere apare ca necesară o protecție legală a acestor veritabile subiecte de drept, cu preponderență sub aspectul material, întrucât din punct de vedere al libertății persoanei<sup>3)</sup> nimeni nu va putea fi constrâns să încheie o căsătorie, nici măcar atunci când în prealabil, a încheiat o logodnă.

Datorită faptului că doctrina abunda în definiții privind logodna<sup>4)</sup>, legiuitorul Codului civil din 2009 a tranșat această problemă în sensul că a specificat în cuprinsul art. 266 C. civ. faptul că *logodna este promisiunea reciprocă de a încheia căsătoria*.

<sup>1)</sup> Un element aparte al Codului Calimach în ceea ce privește logodna și legătura acesteia cu instituția căsătoriei este faptul că era prevăzut termenul în care trebuia încheiată căsătoria, odată ce bărbatul și femeia s-au logodit. Astfel că: „După logodnă trebuie să se săvârșească cununia în curgere de doi ani, dacă se află amândouă fețele în țara aceasta [...] înstrăinată fiind, una din fețele logodnei, poate să păsuiască logodna până la trei ani. Pentru binecuvântată pricină se poate păsuia cununia și pân la al patrulea an, adică pentru boală a unei părți, pentru moartea părinților sau pentru vinovăția de criminal sau pentru cea din nevoe îndelungată înstrăinare”.

<sup>2)</sup> A. Rădulescu, Al. Costin, V. Grecu, V. Gaftoescu, C. Tegăneanu, Gh. Vlădescu-Răcosa, E. Herovanu, *Adunarea izvoarelor vechiului drept românesc scris - Codul Calimach*, Ediție critică, vol. III, Ed. Academiei RPR, București, 1985, p. 90 și urm.

<sup>3)</sup> Art. 23 punctul 3 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice adoptat de Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966 și ratificat de România prin Decretul nr. 13/1993, publicat în M. Of. nr. 143 din 30 iunie 1993.

<sup>4)</sup> În literatura de specialitate logodna a fost definită ca „învoiala reciprocă între două persoane de a se căsători” - C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Ed. All, București, 1996, p. 188; „un angajament mutual prenupțial, opțional, al viitorilor soți, convenit tocmai în perspectiva încheierii căsătoriei” - M.A. Oprescu, *Logodna în noul Cod civil*, în Revista română de jurisprudență nr. 4/2012, p. 251.

În doctrină s-a remarcat faptul că, atunci când se vorbește despre logodnă, acest termen comportă o triplă accepțiune<sup>5)</sup>:

- Logodna - *instituție juridică*, cuprinzând totalitatea normelor juridice care o reglementează din punct de vedere legal;
- Logodna ca *act juridic civil*, încheiat de către bărbatul și femeia care își promet reciproc că se vor căsători;
- Logodna ca *statut juridic* al persoanelor logodite.

Din punct de vedere al naturii sale juridice, logodna a fost privită în literatura de specialitate fie ca un act juridic *sui generis*<sup>6)</sup>, fie ca un fapt juridic<sup>7)</sup>. În ceea ce ne privește suntem de părere că aceasta are natura unui act juridic sui generis, datorită faptului că acele persoane care încheie o logodnă au un statut juridic legal aparte, precum și datorită faptului că legiuitorul Codului civil a înțeles să supună încheierea valabilă a logodnei aceluiași condiții de fond care privesc încheierea valabilă a căsătoriei, cu excepția avizului medical și a autorizării instanței de tutelă<sup>8)</sup>. Prin identitate de rațiune, logodnei încheiată cu încălcarea acestor condiții i se va aplica aceeași sancțiune ca și în cazul căsătoriei încheiate cu nerespectarea condițiilor de fond, respectiv sancțiunea nulității, specifică exclusiv actelor juridice.

Tot ca un argument care sprijină ideea că logodna este un act juridic *sui generis* este și faptul că legiuitorul a reglementat în mod expres faptul că, în cazul în care se stipulează o clauză penală în caz de rupere a logodnei, aceasta va fi considerată nescrisă, cunoscut fiind faptul că o clauză penală este accesorie numai unui act juridic, nicidecum unui fapt juridic.

Din prevederile Codului civil se desprind și caracterele juridice ale logodnei. Astfel că:

**Logodna este consensuală**, caracter care reiese chiar din definiția dată de legiuitor acestei instituții, potrivit căreia logodna reprezintă *promisiunea reciprocă* de a încheia căsătoria<sup>9)</sup>, fără ca prin norma legală să se impună o anumită formalitate în acest sens, motiv pentru care ea se poate realiza prin simplul acord de voință al părților<sup>10)</sup>.

**Logodna se încheie până la căsătorie** și încetează la data încheierii acesteia. Așa cum am putut observa, în vechile reglementări în materie, căsătoria era necesar a se încheia într-un anumit termen de la data încheierii logodnei, aspect care în actuala reglementare nu se regăsește, momentul încheierii căsătoriei fiind lăsat la aprecierea părților. Din acest punct de vedere, logodnicii au o mai mare libertate de a alege, putându-și păstra acest statut juridic atât cât consideră de cuviință.

<sup>5)</sup> A.R. Motica, *Considerații privind instituția logodnei în Codul civil român*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept*, nr. 2/2013, p. 122.

<sup>6)</sup> E. Florian, *Considerații asupra logodnei reglementată de noul Cod civil român*, în *Curierul Juridic* nr. 11/2009, p. 633; E. Florian, *Comentariile Codului civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 31; A.R. Motica, *op. cit.*, p. 122-123.

<sup>7)</sup> A.A. Banciu, *Raporturile patrimoniale dintre soți potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 73; A. Gherghe, M. Uliescu (coord.), *Noul Cod civil - Studii și comentarii*, vol. I, Cartea I și Cartea a II-a (art. 1-534), Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 609.

<sup>8)</sup> Art. 266 alin. (2) C. civ.

<sup>9)</sup> Art. 266 alin. (1) C. civ.

<sup>10)</sup> Art. 266 alin. (3) C. civ.

**Logodna este liber consimțită**, pentru încheierea sa valabilă fiind necesar ca părțile să-și exprime consimțământul în mod liber și neviciat<sup>11)</sup>.

**Logodna se poate încheia numai între un bărbat și o femeie**, nefiind admisă sau recunoscută de lege o logodnă încheiată între două persoane de același sex. Acest lucru se datorează tocmai scopului pe care îl are logodna, și anume acela de a încheia în viitor o căsătorie, care la rândul său se încheie în vederea întemeierii unei familii. Suntem de părere că, ori de câte ori o logodnă se va încheia în alt scop decât cel menționat, aceasta va putea fi lovită de nulitate pentru fictivitate, opinie împărtășită și de alți autori<sup>12)</sup>.

**Logodna este monogamă**, în acest sens, niciunul dintre logodnici neavând dreptul de a fi logodit în același timp cu mai multe persoane, întrucât în astfel de situații ar interveni nulitatea logodnei pentru încălcarea condițiilor de fond cerute de lege pentru încheierea sa valabilă, potrivit art. 266 alin. (2) C. civ. În doctrină s-a remarcat faptul că, deși condiția monogamiei trebuie respectată atât în ceea ce privește încheierea unei căsătorii, cât și a unei logodne, din punct de vedere al sancțiunilor, legiuitorul a înțeles să sancționeze mai grav încălcarea acestei cerințe în cazul căsătoriei (căsătoria fiind afectată de nulitate, iar cel care a încheiat o nouă căsătorie fiind căsătorit, urmează a fi condamnat potrivit legii penale pentru infracțiunea de bigamie)<sup>13)</sup>.

**Logodna se întemeiază pe egalitatea în drepturi și obligații a celor doi logodnici**, și în această materie legiuitorul punând accentul pe principiul de drept al egalității dintre bărbat și femeie, garantat de art. 16 alin. (1) din Constituția României.

Am putut remarca deja faptul că potrivit art. 266 alin. (2) din Codul civil, dispozițiile privind *condițiile de fond* pentru încheierea căsătoriei sunt aplicabile în mod corespunzător și logodnei, cu excepția avizului medical și a autorizării instanței de tutelă. Astfel că, în ceea ce privește consimțământul la logodnă, acesta trebuie să fie exprimat în mod liber și personal de către persoanele care doresc să se logodească. În acest sens, legea nu cere îndeplinirea niciunei alte formalități pentru ca o logodnă să fie considerată valabilă<sup>14)</sup>.

**Vârsta necesară** pentru încheierea valabilă a unei logodne este cea de 18 ani, atât pentru bărbat, cât și pentru femeie, prin excepție (similar căsătoriei) putând fi încuviințată și logodna minorului care a împlinit 16 ani, însă numai dacă există motive temeinice în acest sens și există încuviințarea părinților sau a tutorelui minorului, care poate fi dată atât verbal, cât și în scris<sup>15)</sup>. Sub aspectul formei pe care trebuie să o îmbrace această încuviințare, nu există nicio cerință din partea legiuitorului.

**Diferențierea de sex** a persoanelor care încheie o logodnă este o condiție absolut necesară pentru ca aceasta să fie una valabilă, aspect expres reglementat în cuprinsul art. 266 alin. (5) din Codul civil, care stipulează expres faptul că logodna se poate încheia doar între bărbat și femeie.

<sup>11)</sup> Art. 266 alin. (2) C. civ.

<sup>12)</sup> A.R. Motica, *op. cit.*, p. 123.

<sup>13)</sup> A.R. Motica, *op. cit.*, p. 124.

<sup>14)</sup> Pentru mai multe considerente privind condiția consimțământului la logodnă a se vedea A.R. Motica, *op. cit.*, p. 124-125; D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 42.

<sup>15)</sup> A.R. Motica, *op. cit.*, p. 125.

**Bigamia**, deși este un veritabil impediment la încheierea căsătoriei, prin efectul legii, aceasta este o condiție negativă și pentru încheierea valabilă a unei logodne. Ne raliem opiniei exprimate în doctrină privind interpretarea dată acestei condiții, în sensul că este interzisă încheierea unei logodne atât de către o persoană care are calitatea de logodnic într-o logodnă care nu a fost ruptă sau nu a încetat prin moartea celuilalt logodnic, cât și de către persoana care este căsătorită<sup>16)</sup>.

Codul civil interzice și logodna între **rude**. Așadar, fie că este vorba despre rudenii firească (în linie dreaptă până la infinit sau colaterală până la gradul al IV-lea inclusiv), fie despre cea adoptivă, logodna încheiată între astfel de persoane este lovită de nulitate.

Starea de **tutelă** reprezintă un alt impediment la încheierea logodnei, atunci când se dorește a fi încheiată de către tutore și persoana minoră care se află sub tutela sa.

Seria impedimentelor privind încheierea valabilă a unei logodne vizează și persoanele care suferă de **alienație sau debilitate mintală**, cărora le este interzis a se logodi, indiferent dacă sunt sau nu puse sub interdicție judecătorească.

Dat fiind faptul că încheierea logodnei nu este supusă niciunei formalități, acest lucru nu împiedică părțile să imprime acesteia caracter solemn, prin încheierea unui act autentificat de către un notar public. Atunci când optează pentru o astfel de formalitate, logodnicii consemnează în scris promisiunea lor de căsătorie, moment în care este de datoria notarului public să verifice dacă sunt îndeplinite condițiile de fond cerute de lege pentru încheierea valabilă a logodnei. Împărțăm opinia altor autori potrivit căreia, atunci când promisiunea de căsătorie îmbracă forma scrisă, în cuprinsul respectivului act vor putea fi cuprinse clauze precum<sup>17)</sup>: data și locul încheierii căsătoriei, clauze cu privire la ruperea logodnei sau care va fi quantumul contribuției materiale a logodnicilor la cheltuielile ocazionate cu sărbătorirea evenimentului.

Trebuie făcută o distincție clară între concubinaj și logodnă, în primul rând datorită faptului că în ceea ce privește concubinajul acesta nu este recunoscut de lege, deci nu poate produce efecte juridice, decât în cazul în care este vorba despre aplicarea prezumției de paternitate față de pretinsul tată al unui copil, atunci când se face dovada că acesta a conviețuit cu mama copilului în timpul legal al concepțiunii. Suntem de părere că interpretarea dată concubinajului și logodnei în literatura de specialitate este extrem de bine conturată în următoarele argumente: „existența logodnei nu este cu certitudine dedusă din simplul fapt că două persoane trăiesc în concubinaj, chiar dacă există o similitudine a raporturilor între logodnici și concubini, ambele fiind uniuni de o anumită durată, care pot fi rupte prin voința unuia. Este de remarcat faptul că un proiect de căsătorie care nu se mai finalizează cu încheierea efectivă a căsătoriei se poate transforma prin consimțământul logodnicilor într-o relație de concubinaj, pe când concubinajul, în lipsa unei promisiuni de căsătorie, nu se va putea transforma în logodnă. Astfel, dizolvarea concubinajului nu îndreptățește nici la restituirea darurilor și nici la răspunderea pentru ruperea abuzivă, acțiune care prezintă o particularitate doar în cazul logodnei”<sup>18)</sup>.

<sup>16)</sup> A.R. Motica, *op. cit.*, p. 124.

<sup>17)</sup> A.R. Motica, *op. cit.*, p. 128; C. Roșu, A. Fanu-Moca, Reglementarea logodnei în noul Cod civil, în *Dreptul* nr. 1/2012, p. 80.

<sup>18)</sup> A.R. Motica, *op. cit.*, p. 127-128.

Întrucât logodna nu este supusă niciunei condiții de formă, dovada acesteia va putea fi făcută cu orice mijloc de probă<sup>19)</sup>. Este de la sine înțeles faptul că atunci când aceasta îmbracă forma unui înscris autentic, dovada logodnei o reprezintă respectivul înscris.

*Efectele logodnei* se conturează din punct de vedere juridic, așa cum spuneam, abia în momentul disoluției sale. Astfel că, atunci când logodna încetează prin încheierea căsătoriei sau prin moartea unuia dintre logodnici, aceasta nu produce niciun fel de efecte juridice. Lucrurile sunt extrem de diferite însă în cazul în care logodna este ruptă, fie de către unul dintre logodnici, fie prin consimțământul ambilor logodnici.

De esența logodnei este faptul că logodnicii au posibilitatea de a-și retracta oricând promisiunea de căsătorie. În situația în care acest lucru se produce prin acordul părților, singura problemă este cea a restituirii darurilor pe care logodnicii le-au primit în considerarea logodnei sau, pe durata acesteia, în vederea căsătoriei, cu excepția darurilor obișnuite<sup>20)</sup>. Darurile se restituie în natură sau, dacă aceasta nu mai este cu putință, în măsura îmbogățirii<sup>21)</sup>.

Pentru a putea înțelege mecanismul restituirii darurilor în caz de rupere a logodnei este necesar a analiza care sunt darurile supuse restituirii. În acest sens, din cuprinsul dispozițiilor art. 268 alin. (1) C. civ. reiese foarte clar faptul că fac obiectul restituirii numai acele daruri care au fost făcute în timpul logodnei și sub durata acesteia, în vederea căsătoriei. Astfel că, în cazul în care cei doi logodnici și-au făcut reciproc sau au primit de la terți diferite daruri înainte de momentul încheierii logodnei, acestea nu vor fi supuse restituirii. Observăm faptul că din acest punct de vedere un rol important îl constituie stabilirea momentului la care a fost încheiată logodna, întrucât acesta este elementul care poate determina includerea sau excluderea unor daruri din sfera celor care trebuie restituite în caz de rupere a logodnei. În practică este destul de greu de probat faptul că logodna a avut loc la o anumită dată, atunci când aceasta se încheie în formă verbală.

Cu toate acestea, în doctrină s-a apreciat că există totuși un moment în care încheierea logodnei este sigură, opinie pe care de altfel o împărtășim. În acest sens s-a considerat că ziua în care cei doi logodnici se prezintă în fața ofițerului de stare civilă în vederea depunerii declarației de căsătorie poate fi apreciată ca fiind momentul încheierii valabile a unei logodne, raționament care se poate aplica și în cazul încheierii unei convenții matrimoniale înainte de încheierea căsătoriei<sup>22)</sup>. Acest lucru se datorează faptului că depunerea declarației de căsătorie nu obligă soții să încheie căsătoria, însă este un act de publicitate prin care aceștia își exprimă dorința de a încheia în viitor o căsătorie, ceea ce este și de esența logodnei. Statutul juridic al părților nu se modifică în această perioadă, însă din punctul nostru de vedere instanța de judecată ar trebui să țină cont de acest aspect atunci când va fi sesizată cu o cerere în restituire a darurilor, în caz de rupere a logodnei.

Legiuitorul a exclus din sfera darurilor supuse restituirii darurile obișnuite, însă nu a precizat ce anume se înțelege prin acestea, urmând ca ele să fie apreciate de

<sup>19)</sup> Art. 266 alin. (3) C. civ.

<sup>20)</sup> Art. 268 alin. (1) C. civ.

<sup>21)</sup> Art. 268 alin. (2) C. civ.

<sup>22)</sup> A. R. Motica, *op. cit.*, p. 131-132.



la un caz la altul. Din punctul nostru de vedere această omisiune a legiuitorului va genera soluții diferite în practică, întrucât darurile *obișnuite* vor trebui analizate în concret, în funcție de nivelul de trai al celor doi logodnici și de stilul lor de viață. În aceeași ordine de idei, considerăm că, pentru a putea aprecia caracterul obișnuit sau neobișnuit al darurilor, instanța va putea analiza și care era situația celor doi logodnici înainte de încheierea logodnei, respectiv dacă unul dintre ei s-a bucurat ulterior acestui moment de o îmbunătățire a condițiilor de trai, fără ca acestea să se datoreze activității sale profesionale sau altor factori independenți de încheierea unei logodne (de exemplu, atunci când unul dintre logodnici a primit o moștenire considerabilă).

Există totuși și situații în care logodna este ruptă în mod abuziv de către unul dintre logodnici. În acest sens, art. 269 alin. (1) din Codul civil prevede faptul că partea care rupe logodna în mod abuziv poate fi obligată la despăgubiri pentru cheltuielile făcute sau contractate în vederea căsătoriei, în măsura în care au fost potrivite cu împrejurările, precum și pentru orice alte prejudicii cauzate.

Din textul legal menționat se desprinde ideea că fundamentul ruperii abuzive a logodnei este de culpă, ceea ce conduce la concluzia că partea neculpabilă de ruperea abuzivă a acesteia va putea solicita instanței de judecată acordarea unor despăgubiri atât pentru cheltuielile făcute sau contractate în vederea căsătoriei (cu condiția ca acestea să fi fost potrivite cu împrejurările), cât și pentru eventualele prejudicii morale suferite ca urmare a acestui fapt. În ceea ce privește categoria cheltuielilor făcute sau contractate în vederea căsătoriei, putem enunța câteva exemple în acest sens:

- Cheltuielile ocazionate cu pregătirea petrecerii de nuntă (flori, meniu, formație muzicală, decor, locație etc.);
- Cheltuielile ocazionate cu achiziționarea trusoului de nuntă;
- Cheltuielile ocazionate de plata unui avans pentru luna de miere;
- Cheltuielile ocazionate de cazarea invitaților la petrecerea de nuntă la un hotel;
- Cheltuielile ocazionate cu demararea proiectului de reamenajare a unui imobil sau chiar sumele avansate pentru achiziționarea unui imobil care ar urma să reprezinte locuința viitorilor soți etc.

Trebuie avut în vedere însă faptul ca toate aceste cheltuieli sau altele de acest gen să fie făcute cu bună-credință, adică având reprezentarea faptică a încheierii în viitor a căsătoriei.

Relevant în materia răspunderii pentru ruperea abuzivă a logodnei nu este faptul că unul sau altul dintre logodnici nu a mai dorit să încheie căsătoria, ci fenomenul culpabil care stă la baza unei astfel de decizii.

Doctrina a exemplificat unele situații care nu ar putea fi considerate ca rupere abuzivă a logodnei, acestea putând fi reprezentate de evenimente precum<sup>23)</sup>:

- Descoperirea unor aspecte din viața unuia dintre logodnici care îl determină pe celălalt logodnic să nu își mai dorească încheierea căsătoriei cu acesta;
- Purtarea abuzivă a unuia dintre logodnici cu celălalt logodnic;

<sup>23)</sup> A.R. Motica *op. cit.*, p. 137-138.

- Ascundere de către unul dintre logodnici a faptului că suferă de o boală gravă;
- Descoperirea de către unul dintre logodnici a faptului că celălalt logodnic i-a fost în repetate rânduri infidel etc.

Spre deosebire de situațiile de rupere abuzivă a logodnei, în astfel de situații cel care rupe logodna nu va putea fi obligat la plata daunelor morale, ci numai la restituirea darurilor în temeiul art. 268 C. civ.

Ne raliem opiniei exprimate în doctrină potrivit căreia ruperea abuzivă a logodnei atrage răspunderea civilă delictuală special prevăzută în astfel de cazuri<sup>24)</sup>, chiar dacă „transformarea faptului denunțării logodnei într-un delict civil în sine nu este de natură să încurajeze nici căsătoria, nici să apere voința logodnicilor de felurite temeri reverențioase”<sup>25)</sup>.

Caracterul abuziv al ruperii logodnei apreciem că se referă la maniera în care aceasta se realizează, nu când sau care este motivul<sup>26)</sup> sale, întrucât, așa cum am discutat anterior, oricare dintre logodnici are libertatea de a decide că nu mai dorește să încheie o căsătorie și nu va putea fi constrâns prin niciun mijloc la aceasta, indiferent de momentul la care intervine această hotărâre a sa.

Coroborând dispozițiile privitoare la restituirea darurilor în cazul ruperii logodnei cu cele privind răspunderea pentru ruperea abuzivă a acesteia, suntem de părere că dreptul de a obține despăgubiri în acest caz aparține deopotrivă logodnicului neculpabil și altor terțe persoane (părinți, rude, prieteni etc.) care au contribuit într-un fel sau altul la cheltuielile făcute sau contractate în vederea căsătoriei<sup>27)</sup>.

Dreptul la acțiunea în despăgubiri în cazul ruperii logodnei se prescrie potrivit art. 270 C. civ. în termen de un an de la momentul ruperii logodnei.

## Concluzii

În urma tuturor aspectelor analizate, suntem de părere că reglementările privind logodna, deși nu revoluționează statutul părților implicate, vine totuși în sprijinul acelor situații care apar de regulă în momentele de criză și care pot afecta persoanele necăsătorite, dar care își doresc ca în viitor să încheie o căsătorie. Astfel că, pornind de la principiul egalității dintre bărbat și femeie, legiuitorul Codului civil din 2009 a readus în planul vieții de familie această etapă premergătoare căsătoriei, arătând care sunt subiecții de drept vizați de aceste norme, cum se poate pune capăt logodnei și care sunt efectele pe care le produce aceasta.

Ar fi fost totuși de preferat ca legiuitorul să „îndrăznească” la mai mult, în sensul de a lăsa cât mai puține posibilități de interpretare la nivel normativ, interpretări care, în timp, nu vor face altceva decât să conducă la aplicarea neunitară a acestor dispoziții legale.

<sup>24)</sup> A.R. Motica, *op. cit.*, p. 135; M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 37.

<sup>25)</sup> P. Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Parte generală*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 189.

<sup>26)</sup> Pentru mai multe amănunte, a se vedea A.R. Motica, *op. cit.*, p. 136.

<sup>27)</sup> A se vedea, în acest sens, și A.R. Motica, *op. cit.*, p. 137.

# REFLECȚII CU PRIVIRE LA RECEPTAREA EFECTELOR HOTĂRĂRIILOR EUROPENE ÎN ORDINEA JURIDICĂ ROMÂNĂ

Conf. univ. dr. Adrian CIRCA  
Facultatea de Drept  
Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu

## § Reflections on the receptivity of the effects of European judgments in Romanian judicial system

### Abstract:

*The intern repercussions of a finalized process in foreign countries are materialized in the effects of judgment in the state in which the decisions are evoked. The main effects of a judgment in national law are: law of the case, enforceable authority and convincingness of decision. The law of private international law resumes these effects, establishing the recognition of foreign enforceable judgment, so it can have the prerogative of legal authority, consent of enforcement of decisions and convincingness regarding the situations which it is actually established. The Bruxelles I Regulations represent the fundamental base of European Union for foreign judgment effectiveness. The mutual recognition of the decisions operates by fully right, meanwhile the execution always requires specific proceedings. The recognition operates by entire right in EU and has as an effect the conferring of authority and effectiveness to the decisions which they possessed in the state where they have been originally pronounced. In a first step, the regulamentations have considerably simplified the procedure, which is not anymore named exequatur, but declaration of executory power. In a second step, the examination of supervision was not suppressed, but relocated before the authority of origin of foreign judgment. The certification towards authority of pronounced decision dispenses the judge from the solicited state to have no longer control.*

**Keywords:** european judgment, recognition of european judgments.

## 1. Preliminarii

Recunoașterea mutuală a hotărârilor judecătorești europene a cărei consacrare s-a realizat pe cale jurisprudențială prin Hotărârea Cassis de Dijon<sup>1)</sup> reprezintă astăzi un principiu consacrat prin Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene care în art. 67 alin. (4) consacră recunoașterea mutuală a hotărârilor pentru a întări cooperarea judiciară între statele membre prin acordarea unui efect de plin drept și direct deciziilor lor în toată Uniunea Europeană<sup>2)</sup>.

Regulamentele europene organizează proceduri de receptare a hotărârilor, ce permit jurisdicțiilor naționale din statul solicitat de a verifica dacă hotărârea ce li se prezintă conține garanțiile necesare pentru a fi integrate în ordinea lor juridică. Și în acest spațiu procesul de receptare se bazează pe cele două etape, cunoscute, recunoașterea și executarea. Standardele de calitate ce îmbracă haina motivelor de refuz sunt identice atât pentru recunoaștere, cât și pentru executare, doar procedurile de control variind în funcție de modalitatea de receptare urmărită.

Atunci când o autoritate este solicitată în vederea recunoașterii sau executării unei hotărâri, pronunțată într-un stat membru al Uniunii Europene, va aplica regulile cuprinse în regulamente, dacă obiectul hotărârii intră în domeniul de aplicare al acestora.

Obiectivul Uniunii Europene este dezvoltarea spațiului de libertate, securitate și de justiție, în cadrul căruia hotărârile pronunțate într-unul din statele membre să poată circula libere, fără ca frontierele să constituie un obstacol. Această chestiune nu depinde de formalismul procedurii, ci de gradul de uniformizare a procedurilor. Această uniformizare reprezintă un factor de încredere mutuală ce permite, în timp, a suprima orice formalitate de receptare a deciziilor europene<sup>3)</sup>.

Reamintim că regulile de drept internațional privat sunt aplicabile în lipsa unor convenții internaționale la care România este parte, sau dreptul Uniunii Europene sau dacă alte dispoziții speciale nu stabilesc o altă reglementare, conform dispozițiilor conținute în art. 1.065 NCPC. Se acordă prioritate și dispozițiilor din legile speciale (cum este cazul O.U.G. nr. 119/2006 privind unele măsuri necesare pentru aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană<sup>4)</sup>). Așadar, condițiile de regularitate internațională și procedurile de control vor fi guvernate de dreptul comun român acolo unde nu vor exista regulamente UE sau convenții internaționale aplicabile. Așa cum s-a arătat, pe drept cuvânt, acolo unde dreptul european nu conține dispoziții specifice se va aplica dreptul comun național, ceea ce înseamnă că dispozițiile din NCPC se vor aplica și hotărârilor provenite din spațiul Uniunii Europene<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> CJCE, 20 februarie 1979, Hotărârea Cassis de Dijon, cauza C - 120/78, apud H. Fulchiron, C. Nourissat, Ed. Treppoz, A. Devers, *Travaux dirigés. Droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, Paris, 2013, p. 184.

<sup>2)</sup> B. Andreșan-Grigoriu, T. Ștefan, *Tratatele Uniunii Europene. Versiune oficială consolidată*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 67.

<sup>3)</sup> H. Fulchiron, C. Nourissat, Ed. Treppoz, A. Devers, op. cit., p. 190; D.A. Popescu, *Itinerarii și evoluții în dreptul internațional privat. Spre un drept internațional privat european*, în RRDP nr. 1/2007.

<sup>4)</sup> O.U.G. nr. 119/2006 privind unele măsuri necesare pentru aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană a fost aprobată prin Legea nr. 191/2007 și modificată prin O.U.G. nr. 79/2011 și Legea nr. 76/2012.

<sup>5)</sup> Sens în care s-au și exprimat rezerve față de modul de formulare a art. 1.094 NCPC, a se vedea

Dreptul forului este chemat pentru a se pronunța asupra condițiilor de eficacitate a hotărârilor străine. Sediul materiei privind eficacitatea hotărârilor străine se găsește în Titlul III din cadrul Cărții a 7-a din NCPC, respectiv art. 1094 - 1110. Subliniem că, spre deosebire de vechea Lege nr. 105/1992, efectele hotărârilor arbitrale străine sunt reglementate distinct în NCPC, în cadrul art. 1.124 - 1.133. Potrivit codului, se disting două modalități de recunoaștere: o recunoaștere de plin drept și o recunoaștere prin hotărâre judecătorească<sup>6)</sup>.

Potrivit art. 1.095 NCPC sunt recunoscute de plin drept hotărârile străine care se referă la statutul personal al cetățenilor: a) dacă hotărârile străine au fost pronunțate în statul de cetățenie al persoanelor, sau b) dacă ele, fiind pronunțate într-un stat terț, au fost mai întâi recunoscute în statul de cetățenie al fiecărei părți ori, în lipsă de recunoaștere, au fost pronunțate în baza legii determinate ca aplicabilă conform dreptului internațional privat român. În ambele situații, recunoașterea operează doar dacă au fost respectate următoarele două condiții: nu sunt contrare ordinii publice de drept internațional privat român și a fost respectat dreptul la apărare.

Cu toate că recunoașterea nu este subordonată niciunei proceduri de control *a fortiori*, hotărârile străine se vor bucura de autoritatea lucrului judecat numai dacă sunt conforme condițiilor de regularitate precizate, și anume ordinea publică de drept internațional privat român și respectarea dreptului la apărare. Aceste condiții nu erau menționate în mod expres în vechea Lege nr. 105/1992 (art. 166). Aprecierea respectării dreptului la apărare se face în lumina legii forului.

Legiuitorul român utilizează conceptul de recunoaștere de plin drept pentru a exprima ideea că nu este nevoie de nicio procedură judiciară desfășurată în România pentru ca acele tipuri de hotărâri străine să se bucure de autoritate de lucru judecat: conținutul ei este considerat în mod automat ca valabil pe teritoriul României și, deci, este inutil să te adresezi instanțelor pentru a statua din nou asupra fondului aceluiași litigiu. Recunoașterea de plin drept este limitată formal la hotărârile extrapatrimoniale. Dificultatea este că majoritatea hotărârilor sunt patrimoniale, ceea ce reduce foarte mult câmpul de aplicare al acestei reguli. Părțile, de regulă, urmăresc

---

I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 782: se va aplica dreptul internațional privat român pentru a reglementa, spre exemplu, forța probantă a hotărârilor pronunțate de autoritățile din spațiul UE.

<sup>6)</sup> Pe larg despre această materie, a se vedea S. Zilberstein, *Procesul civil internațional. Normele de procedură din Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat*, Ed. Lumina Lex, București, 1994; O. Căpățână, *Efectele hotărârilor judecătorești străine în România*, Ed. Academiei, București, 1971; I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2007; I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2013; D.-Al. Sitaru, *Drept internațional privat. Partea generală. Partea specială - Norme conflictuale în diferite ramuri și instituții ale dreptului privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2013; G. Boroi, O. Spineanu-Matei, A. Constanda, C. Negrilă, V. Dănăilă, D.N. Teohari, I.R. Dănăilă, G. Răducan, F.G. Păncescu, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. II (art. 527 - 1133), Ed. Hamangiu, București, 2013; I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2013; D. Lupașcu, D. Ungureanu, *Drept internațional privat. Actualizat în raport de noul Cod civil, noul Cod de procedură civilă și Regulamentele Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2012; G.C. Frențiu, D.-L. Băldean, *Noul Cod de procedură civilă. Comentat și adnotat*, Ed. Hamangiu, București, 2013; O. Ungureanu, C. Jugastru, A. Circa, *Manual de drept internațional privat*, Ed. Hamangiu, București, 2008.

ca deciziile să producă efecte concrete și deci urmăresc executarea, și nu doar simpla lor recunoaștere.

Potrivit art. 1.096 NCPC, hotărârile străine cu privire la alte procese (decât cele referitoare la statutul personal al cetățenilor, s.n. - C.A.), spre a beneficia de autoritatea lucrului judecat, pot fi recunoscute prin hotărâre judecătorească dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții<sup>7)</sup>: a) hotărârea este **definitivă** potrivit legii statului unde a fost pronunțată; b) instanța care a pronunțat-o a avut, potrivit legii statului de sediu, **competența** să judece procesul, fără însă a fi întemeiată exclusiv pe prezența pârâtului ori a unor bunuri ale sale fără legătură directă cu litigiul în statul de sediu al respectivei jurisdicții; c) există **reciprocitate** în ceea ce privește efectele hotărârilor străine între România și statul instanței care a pronunțat hotărârea<sup>8)</sup>.

Altfel spus, efectele atribuite acestor hotărâri depind de efectuarea procedurii de control *a fortiori* referitoare la verificarea regularității lor internaționale. Dar instanța română se va limita doar la verificarea acestor condiții, ea neputându-se substitui instanței străine pentru a modifica hotărârea străină ori a o examina în fond (art. 1.098 NCPC).

În fapt, aceste hotărâri sunt cele mai întâlnite în practică, când se dorește să fie recunoscute hotărâri care anulează sau reziliază un contract sau care constată o responsabilitate contractuală sau delictuală contra unor debitori rezidenți în România.

S-a arătat că o hotărâre judecătorească străină dacă are efecte patrimoniale nu se poate recunoaște de plin drept, ci trebuie să fie supusă controlului de regularitate<sup>9)</sup>. Altfel spus, efectele atribuite acestor hotărâri sunt dependente de regularitatea internațională, adică trebuie efectuată procedura de control.

Noul Cod de procedură civilă stabilește că, în ipoteza în care hotărârea a fost pronunțată în lipsa părții care a pierdut procesul<sup>10)</sup>, trebuie să se constate totodată că citația i-a fost înmănată în timp util pentru termenul de dezbateri în fond, cât și actul de sesizare a instanței și că i s-a dat posibilitatea de a se apăra și a exercita calea de atac împotriva hotărârii [art. 1.096 alin. (2)].

Conform alineatului (3) al art. 1.096 NCPC caracterul nedefinitiv al hotărârii străine, decurgând din omisiunea citării persoanei care nu a participat la proces în fața instanței străine, poate fi invocat numai de către acea persoană. Omisiunea citării în modalitatea arătată face ca hotărârea pronunțată să nu fie considerată definitivă și deci recunoașterea nu poate avea loc. Trebuie însă ca această excepție să fie invocată de persoana în cauză. Fiind o excepție relativă instanța română nu o poate ridica din oficiu<sup>11)</sup>.

<sup>7)</sup> ÎCCJ, s. com., Decizia nr. 1.197/2004, *apud* I.P. Filipescu, A.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 450.

<sup>8)</sup> M. Avram, *Comentariu: Decizia civilă nr. 2785/2001 a C.S.J.*, în CJ nr. 2/2002, p. 91-92.

<sup>9)</sup> Curtea de Apel Alba Iulia, Decizia nr. 559/A din 21 aprilie 2005, în Dreptul nr. 1/2006, p. 253, *apud* G. Gheorghiu, N. Enache, *Drept internațional privat. Caiet de seminar*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 66.

<sup>10)</sup> S-a ridicat întrebarea cu privire la ce condiții se vor aplica în ipoteza în care hotărârea a fost pronunțată în lipsa părții *care a câștigat procesul*? Aplicând raționamentul *per a contrario*, se susține că în acest caz procedura implică doar îndeplinirea condițiilor de la alin. (1) al art. 1.096 NCPC [fostul art. 167 alin. (2) din Legea nr. 105/1992, a se vedea R.B. Bobei, *Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat*, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 188].

<sup>11)</sup> O. Ungureanu, C. Jugastru, A. Circa, *op. cit.*, p. 261.

## 2. Recunoașterea hotărârilor pronunțate într-un stat membru al Uniunii Europene

Sediul materiei privind eficacitatea hotărârilor se găsește în Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială (supranumit Regulamentul Bruxelles I)<sup>12)</sup>. Prin acest regulament s-a reformat Regulamentul (CE) nr. 44/2001 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială<sup>13)</sup>.

Regimul hotărârilor așa cum este prevăzut prin sistemul Bruxelles I, comun în materie civilă și comercială, este analizat cu titlu principal. Regulamentul (UE) nr. 1.215/2012 se aplică numai acțiunilor judiciare intentate, actelor autentice întocmite sau înregistrate în mod oficial și tranzacțiilor judiciare aprobate sau încheiate începând cu data de 10 ianuarie 2015 (art. 66). Fără a aduce atingere art. 80 din Regulamentul (UE) nr. 1.215/2012, Regulamentul (CE) nr. 44/2001 continuă să se aplice hotărârilor pronunțate în cadrul acțiunilor judiciare intentate, actelor autentice întocmite sau înregistrate în mod oficial și tranzacțiilor judiciare aprobate sau încheiate înainte de 10 ianuarie 2015 și care intră în domeniul de aplicare al regulamentului<sup>14)</sup>.

În același timp există și alte instrumente de drept european ce asigură circulația hotărârilor. Primul dintre ele este Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești<sup>15)</sup> (supranumit Regulamentul Bruxelles II). La acestea se adaugă Regulamentul (CE) nr. 4/2009 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere<sup>16)</sup> și Regu-

<sup>12)</sup> Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială (**reformare**) publicat în JO L 351 din 20.12.2012. Acest regulament a fost modificat prin Regulamentul (UE) nr. 542/2014 de modificare a Regulamentului (UE) nr. 1.215/2012 în ceea ce privește normele aplicabile cu privire la Curtea unică în materie de brevete și Curtea de Justiție din Benelux (J.O. L 163/2014). Brevitatis causa, în cuprinsul acestei lucrări vom folosi abrevierea **RB I revizuit** atunci când vom trimite la Regulamentul (UE) nr. 1215/2012.

<sup>13)</sup> Regulamentul (CE) nr. 44/2001 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială publicat în JO L 12 din 16.1.2001, cunoscut drept Regulamentul Bruxelles I; D. Ungureanu, D. Lupașcu, *Zece ani de aplicare a Regulamentului (CE) nr. 44/2001 al Consiliului privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială*, în P.R. nr. 4/2012. Brevitatis causa, în cuprinsul acestei lucrări vom folosi abrevierea **RB I** atunci când vom trimite la Regulamentul Bruxelles I.

<sup>14)</sup> Regulamentul (CE) nr. 44/2001 se aplică în funcție de data acțiunilor intentate în fața autorității străine sau în funcție de data pronunțării hotărârilor (art. 66).

<sup>15)</sup> Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești publicat în JO L 338 din 23.12.2003. Brevitatis causa, în cuprinsul acestei lucrări vom folosi abrevierea **RB II** atunci când vom trimite la Regulamentul Bruxelles II. A fost modificat prin Regulamentul (CE) nr. 2.116/2004 de modificare a Regulamentului (CE) nr. 2201/2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1.347/2000, în ceea ce privește tratatele încheiate cu Sfântul Scaun.

<sup>16)</sup> Regulamentul (CE) nr. 4/2009 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere publicat în JO L 7 din 10.01.2009. Regulamentul face trimitere la Protocolul de la Haga din 2007 privind legea

lamentul (UE) nr. 650/2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor<sup>17)</sup>.

Cu toate acestea, avem un drept comun european de eficacitate a hotărârilor, un drept special, propriu unor materii din dreptul privat<sup>18)</sup>.

Vor fi legate prin aceste proceduri de recunoaștere sau executare doar acele hotărâri ce provin din statele membre ale Uniunii Europene, cu excepția Danemarcei, în privința căreia se aplică în continuare Convenția de la Bruxelles din 1968<sup>19)</sup>.

Spre exemplu, hotărârile pronunțate de instanțele americane nu beneficiază de procedura exequatur-ului simplificată prevăzută de Regulamentul Bruxelles II.

Odată cu intrarea în vigoare a RB I recunoașterea a dobândit un efect de plin drept. Recunoașterea beneficiază de o prezumție de regularitate, care prin excepție poate fi și ea supusă controlului de regularitate.

Anticipăm și spunem că dacă o procedură de control este încă necesară pentru executare, în lumina prevederilor din RB I, în schimb, potrivit RB I revizuit, o hotărâre pronunțată într-un stat membru care este executorie în statul membru respectiv este executorie în celelalte state membre fără a fi necesară o hotărâre de încuviințare a executării (art. 39 din RB I revizuit).

La *prima facie* se poate spune că se creează (în aparență) o juxtapunere de regimuri care, din punctul de vedere al practicii, prezintă o anumită complexitate, nedorită.

## 2.1. Domeniul de aplicare

### 2.1.1. Hotărârea judecătorească

Prin *hotărâre* în sensul regulamentului se înțelege hotărârea pronunțată de o instanță dintr-un stat membru, indiferent de denumirea acesteia, cum ar fi: decizie, sentință, ordonanță sau mandat de executare, precum și stabilirea de către grefier a cheltuielilor de judecată (art. 32 din RB I)<sup>20)</sup>.

---

aplicabilă obligațiilor de întreținere (art. 15). Pe larg despre regulile stabilite prin Protocol, a se vedea D.Al. Sitaru, *op. cit.*, p. 246 și urm. *Brevitatis causa*, în cuprinsul acestei lucrări vom folosi abrevierea **ROI** atunci când vom trimite la Regulamentul (CE) nr. 4/2009. Acest regulament a fost modificat prin Regulamentul de punere în aplicare (UE) nr. 1.142/2011, prin Regulamentul (UE) nr. 517/2013 și prin Acordul între Comunitatea Europeană și Regatul Danemarcei privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie civilă și comercială (J.O. L 251 din 21 septembrie 2013).

<sup>17)</sup> Regulamentul (UE) nr. 650/2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor publicat în JO L 201 din 27 iulie 2012.

<sup>18)</sup> Cu privire la procesul de comunitarizare a regulilor internaționale de soluționare a conflictelor de legi în materia dreptului de autor, a se vedea A. Circa, *Reflecții privind protecția dreptului de autor în spațiul comunitar*, în volumul *Metamorfoză și actualitate în dreptul românesc*, coordonatori I. Leș, D.C. Dănișor, Ed.Universul Juridic, București, 2012, p. 262-283.

<sup>19)</sup> Convenția de la Bruxelles privind competența judiciară și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, adoptată la 27 septembrie 1968, potrivit Considerentului nr. 41 din RB I revizuit.

<sup>20)</sup> Noțiune definită prin art. 2 RB I revizuit.



Delimitarea hotărârilor pe care le înglobează se poate face în funcție de originea și de obiectul acestora.

**În primul rând**, hotărârile vizate trebuie să emane de la o jurisdicție a unui stat membru. Prin jurisdicție a unui stat membru se înțelege un organ care acționează în mod independent față de celelalte organe ale statului și conform unei proceduri caracterizate prin contradictorialitate și respectarea dreptului la apărare. Nu interesează dacă acest organ are o natură civilă, comercială, administrativă sau penală și nici dacă își bazează competența pe regulile Regulamentului Bruxelles I sau pe reguli de competență prevăzute de *lex fori*.

Conform Deciziei CJCE pronunțată în *afacerea Gothaer*, s-a dorit să se ofere o concepție extensivă noțiunii de *hotărâre*, în sensul că art. 32 din RB I trebuie interpretat în sensul că poate viza și o decizie prin care jurisdicția unui stat membru își declină competența în temeiul existenței unei clauze atributive de jurisdicție, independent de calificarea unei asemenea decizii prin dreptul unui alt stat membru<sup>21)</sup>.

**În al doilea rând**, noțiunea de hotărâre înglobează deciziile pronunțate în materie civilă sau comercială, indiferent de natura instanței (civilă, comercială, administrativă sau penală). Domeniul este definit prin dreptul european, și nu prin sistemele de drept naționale, astfel încât să se realizeze o aplicare uniformă a normelor acestuia în vederea îndeplinirii obiectivelor urmărite<sup>22)</sup>. Noțiunea de *materie civilă și comercială* are un înțeles autonom care derivă din obiectivele și sistemul legislației europene în cauză și din principiile generale care stau la baza sistemelor judiciare naționale, în ansamblu<sup>23)</sup> (art. 1 RB I, art. 1 RB II și art. 1 ROI).

Vor beneficia de prevederile regulamentelor și *hotărârile care ordonă măsuri provizorii sau conservatorii*. CJCE prin Hotărârea Denilauler a judecat că măsurile conservatorii dispuse printr-o hotărâre intră în câmpul de aplicare a dreptului european de eficacitate a hotărârilor străine<sup>24)</sup>. Mai intră și hotărârile care nu au dobândit încă autoritatea de lucru judecat<sup>25)</sup>, precum și cele care au implicat o procedură necontencioasă.

<sup>21)</sup> CJUE, 15 noiembrie 2012, Hotărârea *Gothaer Allgemeine Versicherung AG, e.a. v. Samskip GmbH*, cauza C-456/11, *apud* M. Nioche, *Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction*, în RCDIP nr. 3/2013, p. 45.

<sup>22)</sup> CJCE, 27 noiembrie 2007, cauza C - 435/06, *apud* L. Andrei, L. Radu, *Jurisprudența relevantă CEJ privind cooperarea judiciară în materie civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 19.

<sup>23)</sup> D. Lupașcu, D. Ungureanu, *op. cit.*, p. 326. Pentru dezvoltări pe acest subiect, a se vedea în continuare D. Lupașcu, D. Ungureanu, *op. cit.*, p. 327 și urm.

<sup>24)</sup> G. Cuniberti, *La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais. A propos de l'affaire Gambazzi-Stolzenberg*, în RCDIP nr. 4/2009, p. 36. În acest sens a se vedea și considerentul 33 din RB I revizuit.

<sup>25)</sup> În legătură cu acest aspect, art. 38 alin. (1) din Convenția de la Bruxelles (1968) a fost interpretat într-un mod strict, pentru a nu aduce atingere efectelor art. 31 din Convenție ce consacră principiul conform căruia deciziile date într-un stat contractant și care sunt executorii pot fi puse în executare într-un alt stat contractant, chiar dacă ele nu au autoritate de lucru judecat, precum și art. 34 alin. (3) care prevede interdicția de revizuire asupra fondului, prin instanțele statului solicitat, a deciziei date în statul solicitant (CJCE, 4 octombrie 1991, Hotărârea *Van Daltsen e.a. v. Van Loon e.a.*, cauza C - 183/90, *apud* L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 161.

### 2.1.2. Actul autentic

Instrumentele europene prevăd toate circulația *actelor autentice* nu întotdeauna în aceiași termeni și beneficiind de un câmp de aplicare distinct (art. 57 din RB I, art. 46 RB II sau art. 2 ROI)<sup>26)</sup>. În această materie, Uniunea Europeană urmează un obiectiv de simplificare și de facilitare a circulației actelor autentice.

În dreptul UE actul autentic este cel încheiat de o autoritate publică sau de o autoritate abilitată în acest sens cu puterea de a încheia acte autentice<sup>27)</sup>.

Actul trebuie să îndeplinească condițiile necesare pentru autentificare în statul membru de origine. În primul rând, trebuie să fie încheiat de o autoritate publică sau de o altă autoritate abilitată a autentifica actele juridice. Iar în al doilea rând, autenticitatea poartă atât asupra conținutului, cât și asupra semnăturilor<sup>28)</sup>.

RB I revizuit suprimă și în ceea ce privește actul autentic procedura declarării forței executorii. Astfel, potrivit art. 58 alin. 1, actele autentice care sunt executorii în statul membru de origine sunt executate în celelalte state membre fără a fi necesară o hotărâre de încuviințare a executării. Executarea actului autentic poate fi refuzată numai dacă este vădit contrară ordinii publice (*ordre public*) a statului membru solicitat.

În timp ce RB I prevede o procedură simplificată pentru încuviințarea executării actului autentic sub rezerva de a fi executoriu în statul de origine (art. 57 coroborat cu art. 38 RB I).

Regulamentele menționează doar procedura necesară pentru declararea forței executorii, ceea ce denotă faptul că nu este necesară recunoașterea drepturilor și obligațiilor conținute într-un act (este o diferență importantă față de regimul hotărârilor judecătorești străine din dreptul național)<sup>29)</sup>.

### 2.2. Recunoașterea de plin drept

Recunoașterea operează de plin drept în cadrul Uniunii Europene și are drept efect de a atribui hotărârilor autoritatea de care ele se bucură în statul unde au fost pronunțate<sup>30)</sup>.

Instrumentele europene au optat pentru recunoașterea de plin drept a efectelor tuturor hotărârilor judecătorești ce emană de la autoritățile unui stat membru și care intră în domeniul de reglementare. Art. 33 din RB I dispune că hotărârile pronunțate într-un stat membru sunt recunoscute în celelalte state membre fără a fi necesar să se recurgă la vreo procedură specială. Norma nu ridică probleme de interpretare și afirmă principiul recunoașterii de plin drept (pe care îl regăsim afirmat în art. 36 din RB I revizuit).

Efectul principal acordat prin recunoaștere este autoritatea de lucru judecat.

<sup>26)</sup> Art. 58 RB I revizuit.

<sup>27)</sup> În cadrul RB I, actele autentice sunt asimilate actelor jurisdicționale în ceea ce privește forța lor executorie.

<sup>28)</sup> În acest sens a se vedea și CJUE, 17 iunie 1999, Hotărârea *Unibank*, cauza C - 260/97, *apud* L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 165.

<sup>29)</sup> L. D'Avout, *La refonte du règlement Bruxelles I*, Dalloz, 2013, p. 1014, *apud* M. Attal, A. Raynouard, *Droit international privé: tome 1 - Principes généraux*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 413.

<sup>30)</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 936.

În fapt, prin recunoaștere se va putea opune unei noi acțiuni în justiție, dar și posibilitatea de a invoca o hotărâre străină pentru a justifica un drept sau de a opune compensarea legală, spre exemplu.

De acest regim beneficiază în România, conform dreptului internațional privat, hotărârile străine pronunțate în materia statutului personal al persoanelor. În dreptul european de acest statut beneficiază toate hotărârile fără restricție.

În dreptul european actual procedura de încuviințare a executării (procedura *exequatur*-ului) a fost înlocuită cu procedura intitulată declararea forței executorii. Cu toate că sunt prevăzute și motive de refuz, aplicarea lor operează doar în cazul formulării unei contestații împotriva recunoașterii.

Recunoașterea permite a consacra o anumită situație pe un anumit teritoriu național. Cu alte cuvinte, această situație va deveni opozabilă și terților din alte state chiar și atunci când hotărârea nu este pronunțată de acea instanță națională. Din Hotărârea Hoffmann a CJUE, reiese că o hotărâre străină trebuie să producă, în principiu, în statul solicitat, aceleași efecte ca cele pe care le are în statul de origine<sup>31)</sup>.

RB I tace în ceea ce privește celelalte efecte pe care o hotărâre le poate produce independent de regularitatea sa internațională, adică forța probantă. Aceste aspecte vor fi reglementate de dreptul internațional privat român.

Această modalitate de recunoaștere de plin drept a hotărârilor este menținută și prin sistemul RB I revizuit.

### 2.3. Condițiile de eficacitate europeană a hotărârilor

Hotărârile produc efecte într-un alt stat membru decât acela unde au fost pronunțate în funcție de conformitatea lor internațională, adică în funcție de îndeplinirea condițiilor cerute pentru a fi recunoscute sau executate conform prevederilor europene.

RB I formulează, sub formă negativă, anumite condiții ce reprezintă motive de refuz al recunoașterii sau de refuz al executării<sup>32)</sup>. Motivele de refuz sunt comune atât recunoașterii, cât și executării (art. 34 și 35)<sup>33)</sup>. Sunt trei motive comune în baza cărora poate fi refuzată recunoașterea sau executarea unei hotărâri străine, și anume: ordinea publică internațională, dreptul la apărare și caracterul ireconciliabil. La acestea se adaugă pentru obținerea declarării forței executorii și caracterul executoriu<sup>34)</sup>.

Autoritatea competentă nu procedează decât la un control de regularitate formală, adică îndeplinirea formalităților prevăzute la art. 53, fără nicio examinare în temeiul art. 34 și 35 (art. 41 RB I)<sup>35)</sup>.

În mod succint, regimul juridic este următorul:

<sup>31)</sup> CJCE, 4 februarie 1988, Hotărârea *Hoffmann v. Krieg*, cauza C - 145/86, apud L. Andrei, L. Radu, op. cit., p. 138.

<sup>32)</sup> Pentru o prezentare detaliată a RB I, a se vedea E. Chelaru, A. Tabacu, *Procesul civil internațional, competența, recunoașterea și executarea hotărârilor străine potrivit Regulamentului comunitar nr. 44/2000*, în RRDP nr. 5/2009, p. 132-146.

<sup>33)</sup> Art. 45 RB I revizuit.

<sup>34)</sup> Art. 39 RB I revizuit.

<sup>35)</sup> RB I revizuit suprimă efectiv orice procedură în statul membru solicitat, fie că este recunoaștere sau executare; dar anumite posibilități de recurs sunt menținute, pentru motivul de a nu scoate de sub protecție debitorul (art. 46).

### 2.3.1. Ordinea publică internațională

În primul rând, conformitatea cu ordinea publică din statul solicitat este de resortul art. 34 alin. (1) RB I [art. 22 lit. a) și art. 23 lit. a) și b); art. 24 lit. a) ROI]. Conform acestuia, instanța unui stat membru va refuza să recunoască o hotărâre străină dacă este vădit contrară ordinii publice a statului membru solicitat<sup>36)</sup>. CJUE va fi chemată să controleze invocarea acestei excepții, ce poate surprinde având în vedere declarația statelor membre că își acordă o încredere mutuală.

Hotărârea trebuie să constituie o violare manifestă (vădită) a unei reguli de drept considerată esențială în ordinea juridică a statului solicitat sau un drept recunoscut fundamental în acea ordine juridică<sup>37)</sup>. Existența adverbului *manifest* reduce foarte mult câmpul acestei excepții pentru că legislațiile europene sunt apropiate, iar diferențele minime, aspecte ce nu permit invocarea cu ușurință a acestei excepții. Va trebui cercetat efectul concret produs prin recunoaștere.

În principiu, conținutul ordinii publice internaționale așa cum este el determinat și ocrotit în cadrul regulamentelor europene nu trebuie să fie fundamental diferit de conținutul acestei excepții în dreptul comun<sup>38)</sup>.

CJUE a încadrat utilizarea acestei excepții considerând că ea trebuie să intervină doar în cazuri excepționale (**cauza Hoffmann**<sup>39)</sup>); nu este de competența sa să definească ordinea publică a unui stat contractant, dar este totuși competentă să verifice limitele în cadrul cărora instanța unui stat contractant poate recurge la această noțiune pentru a nu recunoaște o hotărâre provenită de la o instanță a unui alt stat contractant<sup>40)</sup>.

În același sens s-au pronunțat și instanțele române, dar cu reținerea excepției reprezentate de existența unei clauze de alegere a jurisdicției în favoarea instanțelor române și a căror nerespectare poate conduce la refuzul încuviințării executării silite<sup>41)</sup>.

Se prevede în mod expres că motivul ordinii publice nu poate fi aplicat normelor în materie de competență jurisdicțională din statul solicitat, mai puțin în situația în care, cu excepția procedurilor urgente, aceasta a fost pronunțată fără a-i da copilului posibilitatea de a fi ascultat, încălcându-se astfel normele fundamentale de procedură din statul membru în care se solicită aceasta [art. 23 lit. b) din RB II].

<sup>36)</sup> Art. 45 alin. (1) lit. a) din RB I revizuit.

<sup>37)</sup> CJCE, 28 martie 2000, Hotărârea Krombach, cauza C - 7/98, *apud* L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 139.

<sup>38)</sup> B.M.C. Predescu, *Drept internațional privat. Partea generală*, Ed. Wolters Kluwer, 2011, p. 361; C. Jugastru, *Considerații privind ordinea publică europeană*, în Anuarul Institutului de Istorie „George Barițiu” din Cluj-Napoca, Seria Humanistica, tom. IX, 2011, p. 260. Reținem că excepția *fraudei la lege* nu este menționată printre motivele de refuz. În orice caz, excepția nu putea fi invocată în fața executării internaționale dacă ar fi putut fi invocată în fața judecătorului străin (dar este posibil ca judecătorul străin să nu fi văzut fraudă).

<sup>39)</sup> CJCE, 4 februarie 1988, *Hotărârea Hoffmann v. Krieg*, cauza C - 145/86, *apud* L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 151.

<sup>40)</sup> CJCE, 28 martie 2000, *Hotărârea Krombach*, cauza C - 7/98, *apud* L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 139.

<sup>41)</sup> C. Ap. București, s. a III-a civ. și pentru cauze cu minori și familie, dec. nr. 521/2005, în Curtea de Apel București, *Culegere de practică judiciară în materie civilă 2005*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 307, *apud* Ș.Al. Stănescu, *Drept internațional privat. Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 260.

În ceea ce privește *actele autentice și tranzacțiile judiciare*, apare ca singura cerință impusă [art. 57 alin. (1) și 58 RB I]<sup>42)</sup>.

### 2.3.2. Dreptul la apărare

În al doilea rând, art. 34 alin. (2) RB I<sup>43)</sup> impune instanței din statul solicitat de a verifica dacă actul de sesizare a instanței sau un alt act echivalent nu a fost comunicat sau notificat pârâtului care nu s-a înfățișat *în timp util* și într-o manieră care să-i permită acestuia să-și pregătească apărarea, dacă pârâtul nu a introdus o acțiune împotriva hotărârii atunci când a avut posibilitatea să o facă.

RB II conține o condiție suplimentară, în sensul că hotărârea trebuie să fi fost în prealabil comunicată sau notificată părții adverse [art. 28 alin. (1)], cu excepția cazului în care se constată că pârâtul a acceptat hotărârea într-un mod neechivoc. Se consideră că a acceptat-o neechivoc, de exemplu, dacă a încheiat o nouă căsătorie<sup>44)</sup>. De asemenea, se refuză recunoașterea sau executarea și la solicitarea oricărei persoane care susține că hotărârea se opune exercitării răspunderii sale părintești, în cazul în care hotărârea a fost pronunțată fără ca această persoană să fi avut posibilitatea de a fi ascultată ( art. 23 litera d din RB II).

Dreptul la apărare se spune că are o mare putere de apreciere care prin consecințe se apropie de o revizuire pe fond.

Art. 34 alin. (2) RB I nu impune în mod necesar conformitatea comunicării sau notificării actului de sesizare a instanței, ci mai degrabă respectarea efectivă a dreptului la apărare. O hotărâre pronunțată în lipsă, în baza unui act de sesizare a instanței care nu a fost comunicat pârâtului, care nu s-a înfățișat în timp util și într-o manieră care să îi permită acestuia să își pregătească apărarea, va putea fi recunoscută dacă acesta din urmă nu a exercitat o cale de atac împotriva hotărârii respective atunci când a avut posibilitatea să o facă, spre exemplu atunci când i-a fost comunicată hotărârea.

Cu atât mai mult, dreptul la apărare este respectat în cazul în care pârâtul a introdus efectiv o cale de atac împotriva hotărârii pronunțate în lipsă, iar în cadrul acestei căi de atac a avut posibilitatea să susțină că actul de sesizare a instanței sau un alt act echivalent nu i-a fost comunicat sau notificat în timp util și într-o manieră care să îi permită să își pregătească apărarea<sup>45)</sup>.

Respectarea procedurii de notificare este controlată de instanța solicitată prin raportarea la Regulamentul (CE) nr. 1.393/2007 cu privire la comunicarea în statele

<sup>42)</sup> Art. 58 alin. (1) RB I revizuit.

<sup>43)</sup> Devenit art. 45 alin. (1) lit. b) din RB I revizuit: „în cazul în care hotărârea a fost pronunțată în lipsă, dacă actul de sesizare a instanței sau un act echivalent nu a fost notificat sau comunicat pârâtului în timp util și într-o manieră care să îi permită acestuia să își pregătească apărarea, cu excepția cazului în care pârâtul nu a introdus o acțiune împotriva hotărârii atunci când a avut posibilitatea să o facă”. De observat că instrumentul condiționează de hotărârea pronunțată în lipsa părții (și atât), și nu în „lipsa părții care a pierdut procesul” [art. 1.096 alin. (2) NCPC].

<sup>44)</sup> C.T. Ungureanu, *Aplicarea regulamentelor europene în dreptul privat. Recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești*, în *Analele Științifice ale Universității „Al.I. Cuza” Iași*, secția Științe juridice, nr. 1/2011, p. 50.

<sup>45)</sup> CJCE, *Hotărârea Meletis Apostolides v. David Charles Orams și Linda Elizabeth Orams*, cauza C - 420/07, apud L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 14.

membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă și comercială<sup>46)</sup>.

Semnificația termenului *util* nu este definită de regulament. În absența unei trimiteri la drepturile naționale, se poate concluziona că trebuie apreciat *in concreto*. În ceea ce ne privește, considerăm că el nu se va aprecia nici după un termen prevăzut de dreptul național al statului de origine sau din statul solicitat, nici după cel din Regulamentul (CE) nr. 1.393/2007, ci în fapt după circumstanțele cauzei.

De fapt, posibilitatea pârâtului de a exercita un recurs efectiv impune ca acesta să poată lua cunoștință de motivele deciziei date în lipsa sa, pentru a le putea contesta în mod util; simpla cunoaștere a existenței unei decizii nu este suficientă. În această privință, economia RB I nu cere ca notificarea sau comunicarea unei hotărâri date în lipsă să fie supusă unor condiții mai stricte decât cele prevăzute în ceea ce privește comunicarea sau notificarea unui act introductiv al instanței<sup>47)</sup>.

CJUE a adoptat o poziție moderată arătând că invocarea acestei excepții este limitată doar la cazurile excepționale unde garanțiile înscrise în legislația statului de origine și în regulamentele europene nu sunt suficiente pentru a proteja partea de o lezare manifestă a drepturilor ei de a se apăra în fața instanței de origine așa cum sunt recunoscute de către Convenția Europeană a Drepturilor Omului<sup>48)</sup>.

Din analiza jurisprudenței CJUE observăm că accentul nu se mai pune pe controlul regularității notificării actului introductiv de instanță, ci pe verificarea respectului dreptului fundamental la apărare. Nu mai reprezintă doar un simplu control tehnic al notificării actelor de procedură.

În acest sens, *afacerea Gambazzi* reprezintă una dintre cele mai remarcabile procese de executare internațională a hotărârilor. Înainte de a ajunge în fața CJCE, ea a fost analizată de curțile supreme engleze, franceze, elvețiene și americane<sup>49)</sup>.

Prin Hotărârea din 2009, CJCE a fost deosebit de critică cu procedura judiciară engleză. Chestiunea prejudiciabilă ridicată de Curtea de Apel din Milano a fost cu privire la compatibilitatea cu ordinea publică a hotărârilor engleze pronunțate în absența pârâtului (în interpretarea normei art. 27 din Convenția de la Bruxelles). Mai exact, cu privire la compatibilitatea interdicției de a se apăra cu motivul de refuz legat de protecția ordinii publice. În acea cauză, atât Tribunalul Federal elvețian, cât și Curtea de Casație franceză au refuzat de a considera că acea peripeție a avocatului italian prin procedura engleză întrunește condițiile unui motiv de refuz al încuviințării executării hotărârii engleze pronunțate în lipsa pârâtului.

Având în vedere diferitele etape procedurale engleze, Curtea a invitat instanța italiană de a verifica dacă, în fiecare etapă, domnul Gambazzi a putut fi ascultat așa încât să își poată prezenta argumentele și de a exercita un recurs efectiv împotriva deciziilor pronunțate de judecătorii englezi. Curtea a susținut că echitatea procedurii engleze

<sup>46)</sup> Regulamentul (CE) nr. 1.393/2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială („notificarea sau comunicarea actelor”) și abrogarea Regulamentului (CE) nr. 1.348/2000, publicat în JO L 324 din 10 decembrie 2007; F. Moțiu, *Comunicarea documentelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă și comercială în spațiul Uniunii Europene*, în RDC nr. 4/2011, p. 60.

<sup>47)</sup> CJCE, 14 decembrie 2006, *Hotărârea ASML*, cauza C - 283/05, *apud* L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 13.

<sup>48)</sup> CJCE, 28 martie 2000, *Hotărârea Krombach*, cauza C - 7/98, conform pct. 44-45.

<sup>49)</sup> Pe larg despre *Afacerea Gambazzi*, a se vedea D. Lupașcu, D. Ungureanu, *op. cit.*, p. 364 și urm.

trebuie verificată în stadiul elaborării *disclosure orders*, a executării ei, a pronunțării *unlessorders*, și în final a pronunțării hotărârii în lipsa pârâtului. A invitat, de asemenea, să se facă distincție între ipoteza în care hotărârea pronunțată în absența pârâtului este o consecință a unei sancțiuni engleze de situația în care pârâtul refuză să se prezinte în fața justiției engleze.

Marea majoritate a hotărârilor engleze pronunțate în lipsa pârâtului au avut în vedere în special alegerea acestuia de a nu compărea în fața judecătorului englez și astfel a spera că se poate apăra în stadiul încuviințării executării silite. Bineînțeles că în astfel de cazuri, hotărârea engleză poate fi încuviințată în acele state<sup>50)</sup>.

CJUE a admis că motivul de ordine publică va putea fi reținut de către instanțele din statele membre unde hotărârea este invocată, atunci când, în urma unei aprecieri globale a procedurii și având în vedere ansamblul circumstanțelor, consideră că această măsură de excludere constituie o încălcare vădită și disproporționată a dreptului pârâtului de a fi ascultat<sup>51)</sup>.

Sub imperiul Convenției de la Bruxelles (1968), Curtea a efectuat o interpretare literală a art. 27 alin. (2), conform căruia instanța de recunoaștere trebuie să controleze regularitatea notificării actului introductiv de instanță. O astfel de interpretare tinde a favoriza pe un pârât de rea-credință care, speculând o iregularitate, poate obține aproape automat un refuz al recunoașterii sau executarea. O asemenea soluție apropia rolul judecătorului din instanța de origine cu cea a instanței de executare. El era obligat să controleze regularitatea citării și nu putea decât să acorde sau să refuze executarea.

Această interpretare era prea puțin conformă principiului liberei circulații a hotărârilor. Odată cu RB I, recunoașterea nu mai poate fi refuzată dacă pârâtul nu a formulat un recurs împotriva deciziei atunci când a fost în măsură să îl formuleze. Această modificare a avut drept obiectiv modificarea naturii controlului efectuat de instanța de executare și de a ține cont eventual de o rea-credință din partea pârâtului, care a fost informat de acea procedură<sup>52)</sup>.

Astfel, art. 34 pct. 2 din RB I asigură respectul dreptului la apărare<sup>53)</sup>.

<sup>50)</sup> G. Cuniberti, *La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais. A propos de l'affaire Gambazzi-Stolzenberg ... op. cit.*, în RCDIP nr. 4/2009, p. 36: În ipoteza în care hotărârea engleză a fost pronunțată în lipsa pârâtului ca urmare a aplicării unei sancțiuni (ce i-a interzis să se prezinte și să se apere), curtea a indicat că sancțiunea aplicată nu poate fi analizată în mod autonom, ci trebuie privită prin prisma întregii proceduri desfășurate în fața autorităților engleze. Curtea a invitat instanța italiană să analizeze liceitatea unei astfel de sancțiuni, pierderea dreptului la apărare, prin prisma ordinii publice europene. Controlul pe care îl efectuează instanța de trimitere privește atât condițiile în care au fost pronunțate hotărârile a căror executare este solicitată, cât și condițiile în care au fost pronunțate anterior unele dispoziții judiciare, în special verificarea mijloacelor legale aflate la dispoziția pârâtului, precum și a posibilității acestuia de a fi ascultat cu respectarea contradictorialității și cu exercitarea deplină a dreptului la apărare.

<sup>51)</sup> D. Lupașcu, D. Ungureanu, op. cit., p. 36; CJCE, *Hotărârea Gambazzi*, cauza C - 394/07, apud L. Andrei, L. Radu, op. cit., p. 142.

<sup>52)</sup> Art. 27 alin. (2) din Convenție are următorul conținut: „Hotărârile judecătorești nu sunt recunoscute ... dacă actul de sesizare a instanței nu a fost comunicat sau notificat regulamentar și în timp util pârâtului absent, pentru ca acesta să își poată pregăti apărarea”.

<sup>53)</sup> CJCE, 14 decembrie 2006, *Hotărârea ASML Netherlands BV v. Semiconductor industry services GmbH*, cauza C-283/05, apud E. Pataut, *Des conditions de signification d'un jugement par défaut permettant de lui octroyer l'exequatur*, în RCDIP, 2007, p. 634.

Condițiile de conformitate și de temporalitate ale comunicării sau notificării actului introductiv de instanță trebuie să fie îndeplinite cumulativ pentru recunoașterea unei decizii străine date împotriva unui astfel de pârât. Astfel, dispoziția trebuie interpretată în sensul că o decizie dată în lipsă nu trebuie recunoscută în cazul în care un act introductiv de instanță a fost comunicat necorespunzător pârâtului lipsă, dar în timp util pentru a se putea apăra<sup>54)</sup>.

De regulă, termenul va începe să curgă de la data notificării efectuate la domiciliul părții, fără a ține seama de circumstanțe excepționale. Simplul fapt că partea nu a luat cunoștință de hotărâre în mod efectiv nu va fi suficient pentru a putea obține refuzul recunoașterii într-un alt stat membru<sup>55)</sup>. Chiar dacă instanța din statul de origine a verificat faptul dacă părții i s-a comunicat citația în timp util pentru a-și pregăti apărarea, instanța din statul solicitat nu va fi legată de aceste aprecieri și va putea refuza recunoașterea în baza acestor prevederi.

În fapt, observăm că verificarea efectuată în statul solicitat este prevăzută în favoarea oricărei părți ce a pierdut în fața instanței de origine și nu doar a celor rezidenți într-un stat membru. Ceea ce poate însemna și situația unei părți rezidente în statul de origine a hotărârii<sup>56)</sup>.

Regulamentul (CE) nr. 1.393/2007 privind notificarea și comunicarea actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă și comercială în statele membre trebuie interpretat în sensul că acesta nu instituie nicio ierarhie între mijlocul de transmitere și comunicare prin intermediul autorității, prevăzută de art. 4-11 și mijlocul de înștiințare prin poștă prevăzut la art. 14, astfel încât este posibilă comunicarea unui act judiciar prin oricare din cele două mijloace ori prin recurgerea cumulativă la ambele.

Însă, ținând cont de spiritele și de finalitatea regulamentului, care vizează garantarea îndeplinirii efective a comunicărilor și notificărilor actelor judiciare, respectând interesele legitime ale destinatarilor acestora, și având în vedere că toate mijloacele de înștiințare prevăzute de regulament pot asigura, în principiu, respectarea acestor interese, dispozițiile se vor interpreta în sensul că se poate recurge la unul sau celălalt, chiar simultan la două sau mai multe dintre aceste mijloace de înștiințare care, în lumina circumstanțelor cauzei, se dovedesc a fi cele mai oportune sau cele mai adecvate.

În consecință, în caz de cumul al mijloacelor de înștiințare prin intermediul autorității desemnate și de înștiințare, prin intermediul poștei, pentru a se determina, în raport cu destinatarul, momentul de la care începe să curgă termenul procedural privind îndeplinirea unei notificări, se va avea în vedere data primei notificări. Toate consecințele juridice legate de îndeplinirea valabilă a uneia dintre acestea trebuie luate în calcul, independent de rezultatul ulterior al unei alte forme de înștiințare. Or, dacă în virtutea reducerii duratei procedurii judiciare, prima comunicare a actului în discuție este considerată valabilă, destinatarul celei din urmă comunicări este ținut să acționeze în justiție mai curând, astfel încât jurisdicția competentă să poată adopta o decizie într-un interval de timp cât mai scurt<sup>57)</sup>.

<sup>54)</sup> CJCE, 3 iulie 1990, *Hotărârea Lancray v. Peters și Sickert*, cauza C - 305/88, *apud* L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 146.

<sup>55)</sup> M. Attal, A. Raynouard, *op. cit.*, p. 382.

<sup>56)</sup> CJCE, 11 iunie 1985, *Hotărârea Debaecker v. Bouwman*, cauza 49/84, *apud* B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 569.

<sup>57)</sup> CJCE, 9 februarie 2006, *Hotărârea Plumex*, cauza C - 473/04, *apud* L. Andrei, L. Radu,



### 2.3.3. Hotărâri ireconciliabile

În al treilea rând, art. 34 RB I impune instanței din statul membru solicitat de a verifica existența unui eventual conflict de decizii. Autorizează instanțele<sup>58)</sup> de a refuza o cerere de declarare a forței executorii sau a recunoașterii unei hotărâri pronunțate de un stat membru, dacă ea este ireconciliabilă cu o decizie pronunțată între aceleași părți în statul membru solicitat.

Noțiunea de ireconciliabilitate privește hotărâri ale căror consecințe juridice se exclud reciproc (mutual)<sup>59)</sup>.

Sunt prevăzute două situații:

a) prima are în vedere situația în care hotărârea străină este ireconciliabilă (sau inconciliabilă) cu o hotărâre pronunțată într-un litigiu între aceleași părți în statul membru solicitat [art. 34 pct. 3 RB I; art. 22 lit. c) și 23 lit. e) RB II; art. 21 alin. (2), art. 24 lit. c) ROI].

Procesul de recunoaștere sau executare va fi blocat în caz de conflict între hotărârea a cărei recunoaștere sau executare este solicitată și o hotărâre pronunțată în statul membru solicitat; în acest caz, cererea va fi respinsă, dacă decizia privește un proces între aceleași părți. Deci va prevala decizia națională din statut membru solicitat.

Dispoziția nu conține nicio referință temporală. În acest sens, considerăm că datele la care au fost pronunțate hotărârile nu au nicio relevanță, cum nu interesează în acest caz nici autoritatea de lucru judecat.

În concret, o decizie ce validează un contract va fi incompatibilă cu o decizie care a pronunțat nulitatea aceluiași contract. Sau o hotărâre care obligă pe unul dintre soți la plata unei pensii de întreținere în favoarea celuilalt soț cu titlu de obligație de întreținere rezultată dintr-o căsătorie este ireconciliabilă cu o decizie națională care a pronunțat divorțul între soții în cauză.

Din acest motiv, o tranzacție executorie, încheiată în fața unui judecător din statul solicitat, în vederea finalizării unui litigiu în curs, nu constituie o decizie dată între aceleași părți în statul solicitat la care se referă această dispoziție și care ar putea constitui un obstacol pentru recunoașterea și executarea unei hotărâri judecătorești date într-un alt stat contractant<sup>60)</sup>.

Chiar dacă statele membre își declară încrederea în sistemele judiciare ale celorlalte state membre, nu este mai puțin adevărat că trebuie să asigure respectul propriilor hotărâri judecătorești.

Această ipoteză se aplică hotărârilor ce au fost pronunțate în alte state membre și care intră în conflict cu o hotărâre națională doar între aceleași părți.

Pe de altă parte, considerăm că un proces *pendinte* în statul solicitat între aceleași părți nu va putea constitui un obstacol sau impediment la recunoașterea hotărârii invocate.

---

*op. cit.*, p. 10.

<sup>58)</sup> Devenit art. 45 alin. (1) lit. c) și d) RB I revizuit.

<sup>59)</sup> CJCE, 4 februarie 1988, *Hotărârea Hoffmann v. Krieg*, cauza C - 145/86, *apud* L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 151.

<sup>60)</sup> CJCE, 2 iunie 1994, *Afacerea Solo Kleinmotoren v. Boch*, cauza C - 414/92, *apud* L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 151.

b) a doua are în vedere situația în care hotărârea este ireconciliabilă cu o decizie pronunțată anterior într-un alt stat membru sau într-un stat terț între aceleași părți într-o cauză având același obiect și aceeași cauză, sub condiția ca hotărârea pronunțată anterior să întrunească condițiile necesare pentru a fi recunoscută în statul membru solicitat (art. 34 pct. 4)<sup>61)</sup>.

Soluția reținută de art. 34 RB I se va aplica dacă hotărârea străină a fost pronunțată anterior, reunește condițiile necesare pentru a fi recunoscută în statul membru solicitat și a fost pronunțată între aceleași părți, într-un litigiu având același obiect și aceeași cauză.

Astfel, procesul de recunoaștere sau executare va fi blocat în caz de conflict între hotărârea a cărei recunoaștere sau executare este solicitată și o hotărâre pronunțată fie într-un stat membru, fie emană de la un stat terț; în acest caz cererea va fi respinsă pentru că va prevala prima decizie pronunțată. Soluția are la bază teza drepturilor câștigate. Prima hotărâre a dus la dobândirea unui drept ce nu mai poate fi repus în discuție printr-o altă hotărâre posterioară<sup>62)</sup>.

Spre deosebire de prima situație, eficacitatea europeană este limitată la acele hotărâri unde se poate reține regula triplei identități (un litigiu nu poate fi rediscutat la infinit dacă problema a fost tranșată printr-o hotărâre).

Aceste cazuri sunt larg utilizate și în celelalte instrumente europene ce însoțesc RB I [art. 22 și 23 RB II, art. 24 lit. d) ROI]. Spre deosebire de reglementarea din RB I, în RB II hotărârea judecătorească nu trebuie să aibă același obiect și aceeași cauză, ci numai să fie pronunțată între aceleași părți.

Art. 24 teza finală din ROI dispune că, în caz de conflict cu o decizie ce modifică o decizie anterioară relativă la alimente, nu va fi considerată ca o decizie inconciliabilă în caz de schimbare a circumstanțelor.

Inconciliabilitatea hotărârilor conținută în dreptul european și în dreptul intern [art. 509 alin. (1) pct. 8 NCPC] nu poate fi înțeleasă în aceeași manieră. Art. 509 NCPC dispune că există hotărâri definitive potrivnice, date de instanțe de același grad sau grade diferite, care încalcă autoritatea de lucru judecat a primei hotărâri (pct. 8). Conflictul între hotărâri este rezolvat cu ajutorul mecanismului autorității de lucru judecat. În caz de conflict între două hotărâri inconciliabile din care una este definitivă în timp ce alta este provizorie, autoritatea superioară atașată primei hotărâri permite a înlătura a doua hotărâre.

În interiorul aceleiași ordini juridice această superioritate a autorității definitive permite a înlătura deciziile potrivnice pentru că în realitate una dintre ele va dispărea. În timp ce, în cazul în care provin de la jurisdicții diferite, faptul că o

<sup>61)</sup> Dacă conflictul opune două decizii provenite din state terțe se va aplica dreptul comun român, pentru că eficacitatea nu vizează o hotărâre provenită dintr-un stat membru.

<sup>62)</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 935: soluția nu este la adăpost de critică dacă nu se reține o concepție largă a regulii triplei identități. Astfel, se consideră că există identitate între o hotărâre provenită dintr-un stat membru care a anulat un contract și o hotărâre ce provine tot dintr-un stat membru și care a obligat partea la plata de daune-interese pentru neexecutarea culpabilă a contractului, dar care este anterioară (CJCE, 8 decembrie 1987, *Hotărârea Gubisch*, cauza C - 144/86, prin care s-a reținut identitatea de obiect în materie de litispendență; a se vedea V.M. Ciobanu, M. Nicolae, *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat. Vol. I - art. 1 - 526*, Ed.Universul Juridic, București, 2013, p. 425-426).

hotărâre este ireconciliabilă cu o hotărâre națională va duce la refuzul recunoașterii. Astfel că ea nu va dobândi valoare normativă în statul solicitat, dar va continua să existe în statul de origine unde a fost pronunțată<sup>63)</sup>.

### 2.3.4. Competența internațională

Chiar dacă competența internațională a instanței de origine constituie o condiție esențială de eficacitate a hotărârilor străine conform dreptului comun național, sistemul european exclude în principiu controlul acestei competențe între statele membre [art. 35 alin. (3) RB I<sup>64)</sup>]. Conform articolului 35 alin. (3) RB I, instanța solicitată, în principiu, nu poate proceda la verificarea competenței instanței de origine. Acest principiu dă substanță încrederii mutuale pe care și-o acordă statele în sistemele lor de justiție.

Prin excepție, art. 35 alin. (1) RB I<sup>65)</sup> autorizează controlul competenței pentru a sancționa încălcările regulilor de competență exclusivă (art. 22) ori ale regulilor speciale edictate în materie de asigurări, în materia contractelor individuale de muncă și în cea a contractelor încheiate cu consumatorii. În aceste cazuri, instanța din statul solicitat este legată de constatările de fapt pe care instanța din statul de origine le-a făcut pentru a-și fonda competența [art. 35 alin. (2)].

După cum se poate observa nu este urmărit controlul restrâns al competenței indirecte, excluderea controlului competenței indirecte este întărită și prin interdicția expresă de a invoca ordinea publică împotriva regulilor de competență aplicate în statul de origine. Resortul acestei norme se regăsește în concepția potrivit căreia, în sistemul european, nicio hotărâre nu va proveni de la instanță necompetentă, așa încât orice verificare devine inutilă<sup>66)</sup>.

În considerarea acestei încrederi pe care statele și-o acordă, instanțele naționale au îndatorirea să își verifice competența și, ca urmare, trebuie să se declare necompetente ori de câte ori nu își pot fonda competența pe normele europene, bineînțeles în litigiile care intră în domeniul lor de reglementare, cu excepția prorogării exprese sau tacite a competenței de către părți.

Exclusivitatea competenței fondată pe clauzele atributive de jurisdicție este reglementată prin art. 23 conform căruia dacă prin convenția părților, dintre care una sau mai multe au domiciliul pe teritoriul unui stat membru, competența în soluționarea litigiului ce a survenit sau poate surveni în legătură cu un raport juridic determinat revine instanței sau instanțelor dintr-un stat membru, competența

<sup>63)</sup> Ph. Thery, *Référé et contrariété de décisions: quand le provisoire l'emporte sur le définitif*, în RTD civ. 2007, p. 172.

<sup>64)</sup> Devenit art. 45 alin. (3) RB I revizuit.

<sup>65)</sup> Devenit 45 alin. (1) pct. e RB I revizuit: „La cererea oricărei părți interesate, se refuză recunoașterea unei hotărâri, dacă hotărârea contravine: (i) capitolului II secțiunile 3 (competența judiciară în materie de asigurări, n.a. - C.A.), 4 (competența în materia contractelor încheiate de consumatori, n.a. - C.A.) sau 5 (competența în materia contractelor individuale de muncă, n.a. - C.A.), în măsura în care pârâtul era deținătorul poliței de asigurare, asiguratul, beneficiarul contractului de asigurare, partea vătămată, consumatorul sau angajatul; sau (ii) capitolului II secțiunea 6 (competența exclusivă, n.a. - C.A.)”.

<sup>66)</sup> S. Clavel, *op. cit.*, p. 264.

revine acelei instanțe sau instanțelor respective. Această competență este exclusivă, cu excepția unei convenții contrare a părților<sup>67)</sup>.

Spre exemplu, o delicată problemă este reprezentată de stabilirea competenței europene în materie de divorț atunci când unul dintre soți nu domiciliază într-un stat membru<sup>68)</sup>. Astfel, art. 6 și 7 din RB II trebuie să fie interpretate în sensul că, în cadrul unui proces de divorț, atunci când pârâtul nu are reședința obișnuită într-un stat membru și nu este resortisant al unui stat membru, jurisdicția unui stat membru nu își poate fonda competența pe dreptul național, dacă alte jurisdicții ale altor state membre sunt competente în baza art. 3 din același regulament<sup>69)</sup>. În consecință, de vreme ce jurisdicția franceză este competentă în baza criteriilor enunțate de art. 3 din Regulament, jurisdicția suedeză nu își poate determina propria competență pentru a soluționa cauza conform dreptului ei național, în baza art. 7, mai ales că ea trebuie să se conformeze și art. 17 ce impune să se declare din oficiu incompetentă în favoarea jurisdicției franceze<sup>70)</sup>. Interesul unei astfel de analize rezidă și în faptul că determinarea câmpului de aplicare a regulilor europene de competență poate fi de natură a crea dificultăți pe tărâmul executării hotărârilor în exteriorul Uniunii Europene<sup>71)</sup>.

<sup>67)</sup> Art. 25 din RB I revizuit.

<sup>68)</sup> CJCE, 29 noiembrie 2007, *Afacerea Kerstin Sundelind Lopez v. Miguel Enrique Lopez Lizazo*, cauza C-68/07, apud E. Gallant, *De la compétence communautaire en matière de divorce lorsqu'un des époux n'est pas domicilié dans un Etat membre*, în RCDIP nr. 2/2008, p. 91.

<sup>69)</sup> Soluția enunțată a plecat de la faptul că reclamanta Sundelind Lopez (cetățean suedez) a fost căsătorită cu pârâtul Lopez Lizazo (cetățean cubanez), care cât timp au conviețuit împreună au locuit în Franța; la data intentării procesului, reclamanta încă locuia în Franța, iar pârâtul s-a întors în Cuba. Reclamanta a introdus acțiunea de divorț în Suedia. În recurs, reclamanta a considerat că art. 6 din RB II ce stabilește caracterul exclusiv al competenței jurisdicționale a statelor membre prevăzute la art. 3 la 5 din regulament se aplică doar atunci când pârâtul are reședința obișnuită ori este resortisant în unul din statele membre, ceea ce implică faptul că, atunci când pârâtul nu deține una din aceste calități, competența jurisdicțională se determină de dreptul internațional privat suedez. Soluția reținută de CJUE este în strânsă legătură și cu art. 17 RB II potrivit căruia jurisdicția unui stat membru sesizat cu o cauză și a cărei competență nu se poate fonda pe regulament trebuie să se declare din oficiu incompetentă atunci când jurisdicția unui alt stat membru este competentă în baza regulamentului.

<sup>70)</sup> Complexitatea cauzei impune anumite reflecții, ce trebuie analizate tocmai pentru a evita o aplicare greșită a textelor europene. Argumentul invocat de reclamanta suedeză se baza pe faptul că soțul ei nu era, în sensul art. 6, un pârât integrat în Uniunea Europeană și astfel nu era supus exclusivității regulilor de determinare a competenței europene. Curtea Supremă suedeză a dorit să știe dacă instanțele dintr-un stat membru pot invoca propriile reguli de competență internațională naționale atunci când pârâtul nu este integrat într-unul din statele membre (conform art. 6 din regulament) chiar dacă jurisdicția unui stat membru sunt competente în baza regulamentului. CJCE a răspuns negativ. În concluzie, regulile de determinare a competenței internaționale de către dreptul național sunt excluse în două situații: în primul rând, atunci când una din regulile de competență europeană atribuie competența unei jurisdicții dintr-un stat membru, iar în al doilea rând atunci când pârâtul este integrat în Uniunea Europeană.

<sup>71)</sup> A se vedea în acest sens și Propunerea de *Regulament Roma III* cu privire la competența și stabilirea regulilor relative la legea aplicabilă în materie matrimonială din 17 iulie 2006. Prin Regulamentul (CE) nr. 1.259/2010 de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în domeniul legii aplicabile divorțului și separării de corp (România fiind parte a acestei forme consolidate de cooperare), s-a creat un sistem mai simplu, în sensul că

Cu alte cuvinte, nu are relevanță calitatea pârâtului, ci este important să se stabilească dacă o instanță a unui stat membru este competentă în baza art. 3-5 din RB II, prevederi care urmăresc instituirea unor norme conflictuale uniforme în materie de divorț, pe fondul asigurării unei libere circulații ample, semnificative a persoanelor<sup>72)</sup>.

### 2.3.5. Interesul superior al copilului

În afară de motivele similare celor din RB I, art. 23 lit. a) RB II prevede contrarietatea manifestă a ordinii publice în statul membru solicitat având în vedere interesele superioare ale copilului, iar art. 23 lit. b) evocă situația în care hotărârea a fost pronunțată fără ca minorul să fi fost audiat (în cazurile fără urgență).

Precizăm că art. 22 din RB II grupează condițiile pe care trebuie să le îndeplinească hotărârile în materie matrimonială, iar art. 23 din același regulament pe cele care privesc hotărârile în materia răspunderii părintești. S-a explicat, în mod judicios, că această dualitate de condiții se explică prin aceea că, pe de o parte, deși cu legătură între ele, pot fi pronunțate de autorități diferite, din același stat membru sau chiar din state membre diferite, iar pe de altă parte, obiectul procedurii în materie matrimonială nu este identic cu cel din materia răspunderii părintești, prin urmare nici motivele care conduc la refuzul recunoașterii nu pot fi aceleași<sup>73)</sup>.

### 2.3.6. Acorduri internaționale

La final amintim și motivul de refuz reținut în art. 72 din RB I potrivit căruia nu vor fi recunoscute hotărârile prin care s-a adus atingere acordurilor prin care statele membre s-au angajat, înainte de intrarea în vigoare a prezentului regulament, în conformitate cu articolul 59 din Convenția de la Bruxelles, să nu recunoască o hotărâre pronunțată, în special în alt stat contractant parte la convenția respectivă, împotriva pârâtului care are domiciliul sau reședința obișnuită într-o țară terță dacă, în cazurile prevăzute la articolul 4 din convenție, hotărârea nu s-a putut întemeia decât pe competența menționată la articolul 3 al doilea paragraf din convenția respectivă.

---

s-a considerat drept redundant de a mai afirma supremația regulilor europene asupra regulilor naționale de competență, pe de o parte, iar pe de altă parte, din interpretarea textelor comunitare rezultă că regulile naționale se aplică doar acolo unde niciuna dintre părți nu își are reședința obișnuită într-unul din statele membre și că niciunul nu este resortisant al unuia dintre statele membre. În fapt, acestea sunt situațiile pe care art. 3 nu le are în vedere atunci când determină competența europeană. Distincția între pârâtul integrat sau nu și-a pierdut din intensitate. Regulile europene au prioritate față de orice alte reguli naționale atunci când unul din criteriile pe care ea le prevede se realizează într-unul din statele membre.

<sup>72)</sup> CJCE, 29 noiembrie 2007, *Hotărârea Sundelind Lopez*, cauza C - 68/07, apud L. Andrei, L. Radu, *op. cit.*, p. 22.

<sup>73)</sup> C.T. Ungureanu, *Aplicarea regulamentelor europene în dreptul privat ...*, *op. cit.*, p. 27.

# ARMONIZAREA FISCALĂ - UNA DINTRE ȚINTELE INTEGRĂRII ÎN STRUCTURILE EUROPENE

Lect. univ. dr. Alia Gabriela DUȚĂ  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova

## § Tax harmonization - one of the integration target in the european frameworks

### Abstract:

*The tax harmonization is a prerequisite for the creation and effective functioning of the Single Market for Member States of the European Union. I paid special attention to the assessment of tax harmonization measures in terms of integration of Romania into the European Union, calling into question the principles that should govern the harmonization, methods and techniques that should be used, the implications and results of this process. The fact that different tax systems coexist in parallel in the European Union constitutes a barrier to the smooth functioning of the Single Market. Keywords: tax harmonization, integration, fiscal system, coordination of fiscal policies.*

**Keywords:** tax harmonization, Member states of European Union, Single Market.

Procesele de regionalizare și globalizare sunt indiscutabil un rezultat firesc al evoluției mondiale, iar prin racordarea la aceste direcții de dezvoltare fiecare participant are de câștigat într-o măsură mai mare sau mică în funcție de evoluțiile anterioare și de capacitatea de a optimiza mixul de politici economice și sociale astfel încât să poată fi atinse atât obiectivele individuale, cât și cele regionale. Unirea eforturilor pentru atingerea unor obiective globale sau regionale poate reprezenta un compromis din punct de vedere al alinierii la anumite exigențe care sectorial pot avea efecte negative și consecințe nefavorabile, dar toate acestea converg în realizarea scopurilor pe termen lung ale întregii grupări de integrare regională.

Conceptul de armonizare se regăsește în tratatele ulterioare Tratatului de la Roma, de exemplu în art. 51 din Tratatul de la Maastricht, conform căruia „Liberalizarea serviciilor bancare și de asigurări care sunt legate de mișcările de capital trebuie să fie realizate prin armonizare cu liberalizarea circulației de capital”, sau

în art. 93: „Consiliul, statuând în unanimitate pe baza propunerii Comisiei... adoptă dispozițiile privind armonizarea legislațiilor relativ la cifra de afaceri, la accize și la alte impozite indirecte, în măsura în care această armonizare este necesară pentru asigurarea instituirii și funcționării pieței interne”.

Prin elaborarea de proiecte de stabilitate și convergență, cele 27 state membre ale Uniunii Europene și-au declarat obiectivul de a actualiza sistemele lor fiscale și de a le structura având la bază principiile legate de armonizare, convergență, similitudine și armonizare<sup>1)</sup>. Pornind de la faptul evident că între reformele sistemelor lor fiscale demarate în majoritatea statelor europene există diferențe semnificative atât ca întindere, dar și ca structură, este necesară o aprofundare a ceea ce presupune coordonarea fiscală comună a țărilor membre ale Uniunii Europene pentru a se putea realiza o convergență reală și pentru o aplicare unitară a unor directive clare. În Uniunea Europeană coexistă 28 sisteme fiscale aferente fiecărui stat membru între care sunt numeroase diferențe determinate de politicile fiscale adoptate de fiecare stat membru în parte. Scopul acestor politici fiscale a constituit permanent un motiv de controversă și dezbateră, însă în mod evident toate statele membre au agreeat că principalele obiective ale acestor politici fiscale ar trebui să fie următoarele:

- să favorizeze accesul tuturor categoriilor de agenți economici, cât și populației, la posibilitatea beneficiii de avantajele unei piețe unice;
- să contribuie la realizarea obiectivelor de bază ale politicii fiscale a Uniunii Europene;
- să fie dezvoltate în concordanță cu celelalte politici vizând toate domeniile vieții social-economice ale Uniunii Europene pentru asigurarea unui nivel global de bunăstare a cetățenilor comunitari.

Pentru a se putea asigura accesul tuturor gospodăriilor și a agenților economici din statele membre la avantajele unei piețe unice, ar trebui aduse îmbunătățiri consistente în ceea ce privește cadrul legislativ fiscal neunitar datorat coexistenței celor 28 regimuri fiscale diferite, deoarece sunt afectate, din cauza diferențelor, atât circulația pe piață a produselor, serviciilor și forței de muncă, cât și concurența liberă ca principal pilon al dezvoltării economice într-o economie de piață.

Efectul existenței unor diferențe majore între structurile celor 28 de sisteme fiscale ale statelor europene poate avea drept efect apariția unei competiții fiscale între acestea, consecințele fiind pe de o parte pozitive, în sensul îmbunătățirii serviciilor sectorului public din punct de vedere al costurilor și o reducere a gradului de fiscalitate, iar pe de altă parte negative, prin faptul că pot apărea discrepanțe majore între diverse regiuni în cadrul Uniunii, fiind distorsionat caracterul unitar al pieței unice, la adoptarea politicilor investiționale ale firmelor multinaționale elementul fiscal care aduce avantaje constituind un factor hotărâtor în luarea deciziei.

Principalul instrument utilizat de Uniunea Europeană în scopul influențării politicilor fiscale ale celor 28 țări membre este reprezentat de metoda coordonării fiscale, la baza acesteia fiind așezate două principii ale integrării europene:

<sup>1)</sup> M. Drăcea, T. Ciurezu, *Direcții ale reformei fiscale în statele membre ale Uniunii Europene*, Revista Finanțe Publice și Contabilitate nr. 3/2004.

- principiul respectării politicilor fiscale ale tuturor țărilor în măsura în care acestea răspund obiectivelor și cerințelor de funcționare ale pieței unice, precum și cât timp nu creează discrepanțe majore în cadrul Uniunii;
- principiul subsidiarității prin menținerea unei subordonări determinate de existența unor fluxuri informaționale verticale între instituțiile europene și guvernele naționale.

În cadrul procesului de implementare a unui sistem fiscal unitar, cu reguli comune, armonizarea fiscală constituie un pas necesar care poate fi realizat atât prin coordonare fiscală, cât și prin eliminarea oricăror frontiere de natură economică în circulația liberă pe piața unică a produselor și serviciilor, a forței de muncă și a capitalului. Coordonarea politicilor în domeniul fiscal se va face în mod diferențiat după cele două mari categorii de impozite, fiind vizate în mod deosebit cele indirecte, în cazul acestora impunându-se realizarea într-un grad mai mare a procesului de armonizare, întrucât se referă la libera circulație a bunurilor și serviciilor în spațiul comunitar, în timp ce în cazul impozitelor directe principalele linii directoare vizează doar aspecte legate de impunerea diferită a veniturilor în cadrul Uniunii Europene care poate determina migrarea capitalurilor și a investițiilor în alte regiuni ale aceluiași spațiu intracomunitar.

Politicile de coordonare trebuie să vizeze în mod deosebit modul cum se realizează colectarea resurselor, alocarea acestora neconstituind o prioritate pentru Uniunea Europeană întrucât în statele membre se aplică o serie de reguli privind disciplina bugetară care au ca scop final asigurarea stabilității economiei și a monedei unice și un ritm constant de creștere economică. Totuși, anumite politici bugetare de alocare a resurselor care au ca obiectiv dezvoltarea durabilă în interiorul Uniunii vizează domenii precum:

- al subvențiilor și facilităților pe care guvernele statelor membre le acordă întreprinderilor, în sensul că acestea sunt permise, dar restricționate în același timp prin reguli clare pentru a nu afecta unul din principiile de bază ale Uniunii Europene, și anume libera concurență în interiorul spațiului comunitar;
- al fondurilor structurale nerambursabile alocate din bugetul Uniunii Europene pentru sprijinirea anumitor domenii de interes public, a infrastructurii, comunicațiilor și transportului care au în vedere un anumit nivel de bunăstare pentru toți membrii Uniunii.

Existența limitelor existente pe piața unică în circulația bunurilor, serviciilor, a forței de muncă și a capitalului care sunt în contradicție cu însăși principiile care stau la baza formării Uniunii impun o accelerare a procesului de coordonare a politicilor fiscale și a reformelor aferente prin intermediul unor metode și instrumente cum ar fi întărirea liniilor directoare și a sprijinului pe care Comisia Europeană îl acordă statelor membre, precum și utilizarea unui mecanism de cooperare extinsă, care ar putea consta în introducerea de sancțiuni țărilor membre ale Uniunii Europene care nu cooperează.

Prin faptul că prin intermediul directivelor și al mecanismelor acțiunile Comisiei Europene nu au caracter imperativ de lege, nu este afectat procesul de ar-



monizare fiscală care se desfășoară în acest moment în Uniunea Europeană, politicile fiscale fiind în așa fel construite încât să nu fie influențate în mod negativ concurența, eficiența și funcționalitatea pieței unice. În acest sens, o propunere a Comisiei Economice către guvernele membre, care însă nu a obținut girul Consiliului European de la Nisa din anul 2000, a fost aceea ca în domeniul politicilor fiscale să se aplice regula majorității calificate în adoptarea deciziilor.

Uniunea Europeană a cunoscut progrese importante încă de la crearea sa, domeniul impozitelor indirecte fiind cel mai dinamic din acest punct de vedere, însă cu toate acestea, în ciuda tuturor directivelor și normativelor, nici în prezent nu s-a reușit adoptarea unei politici comune în ceea ce privește modul de așezare, nivelul cotelor, scutiților, existând diferențe semnificative între țările membre. Un impact semnificativ asupra randamentului fiscal al impozitelor indirecte a început de câțiva ani să îl aibă și comerțul electronic, ceea ce poate duce la reducerea posibilităților de evaziune fiscală.

Armonizarea sistemelor fiscale din Uniunea Europeană a apărut ca o necesitate în urma majorării volumului de tranzacții comerciale și financiare la nivel mondial, precum și a creșterii mobilității capitalurilor și a forței de muncă, ceea ce a impus adoptarea urgentă de măsuri în scopul asigurării unui grad mai ridicat de protecție contra variațiilor piețelor mondiale ce ar putea afecta economia europeană.

O primă etapă în acest proces complex a constituit-o crearea cadrului procedural în scopul evitării dublei impunerii internaționale prin stabilirea unor criterii în ceea ce privește tratamentul fiscal al veniturilor și averilor a căror proveniență este într-un alt stat, în acest scop semnându-se o serie de tratate și convenții bilaterale.

Deși competențele în ceea ce privește impozitarea au rămas la nivel național, crearea unor directive și a unor reguli la nivel comunitar se dovedea imperios necesară, întrucât atingerea nivelului de dezvoltare economică și bunăstare stabilit prin obiective nu ar putea fi atinsă fără a ține cont de domeniul fiscal. Politicile fiscale adoptate în cadrul statelor membre pot afecta libera circulație a bunurilor, serviciilor și capitalului în interiorul Uniunii și pot genera distorsiuni economice incompatibile cu principiul de spațiu economic unificat, îngreunând o bună coordonare a politicilor economice din zona euro.

Având la baza construcției sale astfel de concepții și principii, precum echilibrul dintre principiul subsidiarității și intervenția centralizată la nivel comunitar, Tratatul de bază stabilește în mod evident menținerea suveranității și competenței naționale în domeniul impozitării, dar în același timp face referiri cu privire la necesitatea realizării unei armonizări a sistemelor fiscale ale statelor membre. În cadrul acestuia sunt conținute prevederi exprese cu privire la domeniul fiscal în capitolul „Dispozițiuni fiscale”, după cum urmează:

- nu sunt permise niciun fel de discriminări fiscale între statele membre;
- statele membre nu au voie să acorde subvenții fiscale pentru activitatea de export;
- armonizarea în cadrul Uniunii Europene trebuie să vizeze domeniul impozitării indirecte;
- procedeu folosit pentru crearea unui cadru legislativ comun trebuie să îl constituie armonizarea fiscală;

- este apariția unor situații de dublă impozitare pe teritoriul Comunității Europene;
- sunt reglementate aspectele vamale legate de tranzitul intracomunitar de bunuri și servicii.

Pornind de la faptul că eterogenitatea în ceea ce privește sistemele fiscale influențează într-o măsură importantă direcționarea investițiilor și a factorilor de producție către o anumită țară în funcție de avantajele fiscale oferite, procesul de armonizare fiscală își dovedește necesitatea pentru funcționarea corectă a principiului concurenței pe piața comunitară.

Armonizarea sistemelor fiscale ale statelor membre ale Uniunii Europene nu este un proces simplist și de scurtă durată, ci este dependent de o serie întreagă de variabile, astfel încât pentru o finalitate obiectivă a acestui proces ar trebui evidențiate trei niveluri importante<sup>2)</sup>:

- primul nivel se referă la eliminarea oricăror bariere în ceea ce privește tranzacțiile cu bunuri și servicii, precum și cele care implică transferuri de capital, impunându-se o evitare a dezechilibrelor ce apar imediat după această deschidere. Această situație impune o armonizare care ar trebui racordată la amploarea distorsiunilor care apar. Riscul care poate apărea în această situație ar fi acela al afectării principiului concurenței corecte, ceea ce impune decizii centralizate în această privință. Un exemplu în acest sens îl constituie introducerea unor reguli unitare la nivel intracomunitar în ceea ce privește instituirea taxei pe valoarea adăugată ca taxă TVA în țările membre;
- cel de-al doilea nivel are un caracter idealist, aproape imposibil însă de pus în practică într-un spațiu cum este cel al bătrânei Europe, presupunând o uniformizare a sistemelor fiscale la scară comunitară. Consider că o astfel de abordare nu își dovedește consistența și viabilitatea pe termen lung, caracterul eterogen al sistemelor fiscale fiind dependent și de trăsăturile individuale social-economice ale fiecărui stat în parte. O armonizare a cheltuielilor publice nu s-a realizat și nici nu se va înfăptui vreodată, această redistribuire a resurselor colectate rămânând, așa cum este normal, un atribut de suveranitate exclusiv al politicii fiscale din fiecare țară. Uniformizarea ar presupune, de exemplu, finanțarea pensiilor cetățenilor unor țări din fonduri colectate în altă țară, ceea ce, realist analizând, ar fi imposibil, nefiind nici de dorit, întrucât practic s-ar ajunge la un transfer de bogăție din state mai bogate spre cele sărace, ceea ce ar afecta libera concurență pe piața liberă. Unul din avantajele certe ale integrării în spațiul comunitar îl constituie posibilitatea dezvoltării într-un cadru economic cu principii clare, bine conturate, alături de state puternice din punct de vedere economic care pot cel mult să ofere sprijin, însă o egalizare a calității vieții la nivel comunitar nu constituie un obiectiv al Uniunii;

<sup>2)</sup> H. Sterdyniak, M.H. Blonde, G. Cornilleau, J. L. Cacheux, J. L. Dear, *Vers une fiscalité européenne*, Ed. Economica, Paris 1991, p. 47.

- o cale de mijloc, care de altfel a și fost preferată celorlalte, venind ca o mediană ce valorifică avantajele din fiecare din cele două nivele prezentate anterior, constă în raționalizarea sistemelor fiscale naționale astfel încât ele să răspundă cerințelor naționale în ceea ce privește consumurile colective, dar cu rezultate convergente pe plan comunitar.

O Europă unită nu trebuie să însemne pierderea suveranității naționale, o uniformizare a tuturor caracteristicilor specifice fiecărui stat, întrucât tocmai această eterogenitate multiculturală face din spațiul european o forță economică, politică, socială, culturală. Respectarea specificului național e un principiu de bază al Uniunii Europene, iar interdependența dintre trăsăturile individuale ale statelor membre și sistemele fiscale ale acestora fac o incompatibilitate între principiile ce stau la fundamentul creării Uniunii și ideea constituirii unei autorități atotputernice în domeniul fiscal și a unor reglementări unitare, întrucât fiecare stat are dreptul propriilor alegeri și decizii în ceea ce privește asigurarea nivelului de bunăstare dorit.

Apreciez că procesul de armonizare fiscală în cadrul spațiului european nu constituie un mix de măsuri și politici optimizate astfel încât să fie atins un singur obiectiv, ci ca o acțiune complexă de identificare a acelor compromisuri între cerințele de suveranitate economică a țărilor membre în privința deciziei de natură fiscală, pe de o parte, și imperativele economice dictate de integrarea piețelor și libera circulație, pe de altă parte. Cu alte cuvinte, prin armonizare fiscală trebuie să se realizeze o conciliere între autonomia fiscală a statelor membre cu minimizarea distorsiunilor de ordin geografic, social și economic induse prin diferențele existente între sistemele fiscale naționale. Ținând cont de modul de construcție a unității europene și a regulilor așezate la baza acesteia, este evident că este mult mai corectă abordarea problemei suveranității prin permisiunea acordată statelor membre de a lua singure decizii cu privire la modul de colectare a resurselor, precum și de redistribuire a acestora în funcție de specificul național, crearea unui organism unic european care să reglementeze acest domeniu nefiind o opțiune practică și cu finalitate dorită.

În opinia mea, armonizarea sistemelor fiscale ale țărilor membre ale Uniunii Europene nu trebuie să constituie un simplu proces de aliniere a legislației, normelor și regulilor procedurale la cele comunitare, întrucât rezultatul nu ar putea fi decât o uniformizare a acestora, ceea ce nu este de dorit în condițiile în care fiecare stat are propriile caracteristici individuale. În fond, procesul de armonizare nu înseamnă și nu trebuie nici măcar asociat unuia de uniformizare. Un exemplu în acest sens poate fi considerat acela al armonizării în privința impozitării indirecte, al taxei pe valoarea adăugată, unde au fost trasate directive clare, însă nu au fost stabilite cote și reguli uniforme pe teritoriul european, fiecare stat având dreptul stabilirii propriei politici în acest domeniu. Strategia adoptată a fost aceea a definirii unor intervale de variație cu nivelul minim și nivelul maxim pentru cotele standard și pentru cele reduse la TVA și a unui nivel minim pentru accize. Principalul neajuns al acestei strategii a fost faptul că a permis apariția unor forme de evaziune fiscală care până la acel moment nu se manifestaseră, cum ar fi de exemplu efectul Carusel pe TVA intracomunitar.

Sistemul fiscal poate fi privit ca un sistem în care funcțiile unei variabile reprezentate de o categorie de impozit pot fi substituite prin introducerea unei alte categorii, în funcție de politica fiscală și obiectivele urmărite. Sunt frecvente situațiile în care

deficitul de venituri bugetare determinat de adoptarea unei politici de relaxare fiscală este urmat de majorări ale celor indirecte. Structura impozitelor în statele Uniunii Europene diferă destul de mult în funcție de particularitățile fiecărui stat în parte, cum ar fi cazul raportului impozite directe - indirecte care este exact invers în statele din estul și vestul Europei, însă analiza acestei structuri trebuie realizată doar în corelație cu gradul de dezvoltare economică al fiecărui stat în parte și obiectivele economice ale acestora pe termen lung. O reducere importantă a unor categorii de impozite dictată prin directive comunitare, în scopul armonizării, fără a se ține cont de sistemele fiscale și economice ale statelor membre în ansamblul lor, riscă să producă dezechilibre în bugetele naționale și chiar repercusiuni negative în economie.

Acest gen de abordare presupune o analiză atentă atât a categoriilor de impozite care ar trebui să intre în procesul de armonizare, cât și în ce măsură ar trebuie ele aliniate, ținându-se cont că există un ecart destul de mare între ceea ce presupun simple linii directoare și normative comunitare obligatorii.

Apreciez că în procesul de armonizare ar trebui să fie incluse doar categoriile de impunere pentru care menținerea disparităților riscă să inducă distorsiuni substanțiale în mecanismele de funcționare ale pieței unice.

Practica Uniunii Europene în ceea ce privește acest aspect a reliefat faptul că doar metodele de impunere aferente impozitării indirecte au fost supuse unor alinieri prin intermediul directivelor, impozitele directe afectând în mod deosebit veniturile individuale.

Una dintre caracteristicile principale ale Uniunii Europene este reprezentată de libera circulație a bunurilor, serviciilor, capitalurilor și persoanelor. În ceea ce privește mobilitatea forței de muncă, aceasta este influențată de mulți alți factori în afara de cei fiscali, precum cei legați de nivelul venitului individual, lingvistici, culturali, sociali, politici, astfel încât înlăturarea frontierelor odată cu integrarea noilor state membre a determinat o migrare a forței de muncă destul de puternică către statele vest europene. Constatăm însă că la numai trei ani de la integrare factori economici precum criza imobiliară din Spania au determinat o nouă migrare a forței de muncă spre regiuni care să ofere posibilitatea dezvoltării. Astfel, elementul fiscal este unul dintre factorii cu cea mai mică influență în ceea ce privește mobilitatea persoanelor în spațiul unic european.

Nu aceeași situație o întâlnim în cazul întreprinderilor, deoarece decizia de relocare este puternic influențată de politicile de minimizare a costurilor și maximizare a randamentului net anticipat al investiției. Există mai multe categorii de impunere care afectează veniturile nete ale unei companii, principalele fiind cele legate de contribuțiile angajatorilor și impozitul pe salarii, impozitul pe profit, impozitele pe active, precum și cele indirecte care afectează consumurile intermediare, în principal accizele și taxa pe valoarea adăugată. Totuși, dacă salariile se indexează în funcție de evoluția prețurilor fără a se ține cont de rentabilitate, atunci taxa pe valoarea adăugată, prin efectele sale, ar putea fi asimilată prelevărilor asupra salariilor, influențând în acest fel competitivitatea firmei.

Armonizarea este un proces necesar într-un spațiu economic ce are obiective de dezvoltare unitare pentru toate țările, astfel încât diferențele existente între nivelurile de impozitare ale veniturilor salariale dintre acestea pot crea distorsiuni pe termen scurt, pe termen lung aceste diferențe fiind estompate.

În prezent armonizarea din spațiul unic vizează în mod deosebit aria impozitării indirecte, însă consider că ar putea constitui un pas înainte o lărgire și în domeniul impunerii directe, în principal asupra impozitelor asupra profitului companiilor, crearea unui cadru unitar în ce privește tratamentul fiscal pentru profiturile repatriate sau vărsate în străinătate și pentru modul de impozitare a dividendelor. Diferențe majore între statele membre în ceea ce privește modalitățile de impozitare a profitului societăților pot influența în mod decisiv direcționarea capitalurilor și a investițiilor spre anumite zone, în localizarea geografică a tipurilor de activități și în deciziile de gestiune financiară a firmelor. Astfel, existența unor ecarturi semnificative între modalitățile de impunere a profitului poate induce efecte negative în sensul diminuării volumului de investiții în statele în care cotele de impunere sunt mai mari și aria deducerilor este restrânsă, și poate încuraja companiile multinaționale să își transfere contabil profiturile către filialele din țările în care sistemele fiscale sunt mai relaxate și permissive.

De asemenea, apreciez că procesul de armonizare trebuie să vizeze, chiar dacă într-o măsură mai mică, aria tranzacțiilor mobiliare și a intermediarilor financiare, în condițiile unei puternice mobilități a capitalurilor. Totuși, există și domenii ale impunerii în care chiar nu ar fi benefică armonizarea, cum ar fi acela al depozitelor persoanelor fizice ce rezultă din venituri obținute pe teritoriul altui stat față de cel de rezidență.

Principalul obiectiv al politicii fiscale europene în contextul integrării noilor state este reconcilierea interesului general european cu suveranitatea statelor în materie de fiscalitate. Scopul final constă, în mod evident, în buna funcționare a pieței interne unice. Deschiderea frontierelor, în cadrul pieței interne unice, a creat cadrul propice pentru ca orice persoană fizică sau juridică din acest spațiu unic să beneficieze de avantajele diverselor sisteme fiscale naționale, pentru ca particularii să-și plaseze fondurile sau să cumpere bunuri, iar întreprinderile să investească și să producă. Acest arbitraj este periculos pentru toți actorii economici: nu este de dorit ca localizarea activităților să depindă în mare măsură de factorii fiscali, criteriile economice trebuind să stea la baza localizării unei noi investiții. În plus, acest arbitraj are ca efect apariția riscului situațiilor de confruntare a *țărilor cu „tășurile”* fiscalității: fiecare stat își poate urmări propriul interes, într-un sector sau altul, pentru a atrage investițiile reale, consumatorii sau capitalurile financiare. Apare riscul de a se ajunge la o presiune a fiscalității asupra veniturilor de capital și la reducerea puternică a impozitelor indirecte și directe, fapt care ar putea afecta întreprinderile. Pe plan global, dacă toate statele urmează această strategie de diminuare a fiscalității, nimeni nu are beneficii, iar regimurile fiscale ale fiecăruia își reduc din putere. În aceste condiții, pot să apară două tipuri de risc:

- pauperizarea statului, acesta nemaifiind capabil să finanțeze transferurile sau cheltuielile publice necesare, modelul de economie socială de piață, pe care se bazează, în general, toate economiile țărilor din Uniunea Europeană;
- concentrarea prelevărilor fiscale asupra factorilor cu grad de mobilitate mai redus - salariații și capital fix -, precum și transferul sarcinii fiscale pe impozitele indirecte, ceea ce constituie sursa ineficienței economice și nedreptăților sociale.

Pentru a putea fi evitate aceste riscuri, se impune o armonizare a politicilor fiscale sau cel puțin o convenție pentru un număr minim de reguli de conduită. Acest lucru presupune negocieri între state sau decizii comunitare, în ambele cazuri fiind afectată suveranitatea fiecărui stat în alegerea sistemului fiscal optim pentru aceasta. S-a pus problema dacă această diminuare a libertății decizionale în materie fiscală va avea ca finalitate reducerea importanței statului, fiind compensată de o creștere a puterii organismelor comunitare. Un alt aspect a fost de asemenea concilierea armonizării sistemelor fiscale cu menținerea autonomiilor naționale în ceea ce privește marea masă a cheltuielilor publice, organizarea sistemului de protecție socială și politica bugetară conjuncturală. Armonizarea fiscalității în Europa s-a înfăptuit pe trei niveluri principale:

- primul nivel a constat în evitarea dezechilibrelor imediate care au rezultat din deschiderea totală a frontierelor pentru schimburile de bunuri și servicii și fluxurile financiare. Aceasta a necesitat o armonizare, care a fost, mai mult sau mai puțin, ambițioasă, în funcție de mărimea distorsiunilor care au trebuit evitate. Armonizarea a fost rezultatul unei decizii colective, ca să nu apară riscul unei concurențe fiscale;
- al doilea nivel, cu un grad de importanță mult mai ridicat, a constat în încercarea de a crea o uniformizare a fiscalității la scara Comunității Europene. Un sistem fiscal unic și uniform ar necesita asemenea tulburări la nivel național, încât atât acum, cât și în viitor ea nu va putea fi luată în considerare;
- al treilea nivel presupune o cale de mijloc, care a fost și preferată și constă în punerea obligatorie de acord a sistemelor fiscale naționale pentru evitarea pierderii eficacității atât la nivel național, cât și comunitar, pentru promovarea reformelor fiscale europene, lucru care se realizează în mod diferit în fiecare țară, dar cu un rezultat convergent.

Procesul de armonizare comportă unele riscuri, fără îndoială, dar este și o oportunitate pentru creșterea transparenței sistemelor fiscale. Armonizarea nu înseamnă a solicita tuturor statelor membre alinierea la majoritatea comunitară, ci mai degrabă să ia exemplul celor mai bune practici. Din această perspectivă se pot delimita anumite etape de înfăptuire a armonizării:

- prima etapă a constat în evidențierea diferențelor care existau între sistemele fiscale ale statelor din Uniunea Europeană, indiferent că este vorba de nivelul taxelor obligatorii, de centralizarea reglementărilor fiscale sau de importanța diferitelor impozite;
- următoarea etapă a presupus realizarea unui studiu al principiilor care ar trebui să conducă cercetarea în domeniul unei fiscalități eficiente și echitabile: ce tip de fiscalitate trebuie să fie promovat în Europa; care sunt avantajele și inconvenientele diferitelor impozite; care sunt problemele specifice ale armonizării fiscalității: ce fel impozite trebuie armonizate? Care nu se pot armoniza? Pe care nu trebuie să le armonizăm deloc? S-a pus chiar problema dacă să se aleagă metoda armonizării negociate sau dacă să fie

lăsată să acționeze piața? Totuși o întrebare la care se cuvine găsirea unui răspuns rămâne: este armonizarea compatibilă cu politicile bugetare conjuncturale diferite din fiecare țară;

- într-o etapă ulterioară este necesară analizarea, impozit cu impozit, a diferențelor existente între țările din Uniunea Europeană, care este justificarea economică a uneia sau alteia din dispozițiile fiscale, care sunt - pentru impozitul supus analizei - exigențele de armonizare;
- de o deosebită importanță este etapa în care sunt evaluate resursele proprii ale Uniunii Europene și necesitatea de a le redimensiona și de a instaura, în unele domenii, o reală fiscalitate comunitară. Însă nu toate statele se găsesc în același stadiu din punct de vedere al finanțelor publice: pentru unele, armonizarea fiscală trebuie să se traducă imperativ printr-o modificare a reglementărilor fiscale; pentru altele, o oarecare diminuare ar putea reprezenta soluția optimă.

În ansamblul său, procesul de armonizare este și va fi în continuare unul deosebit de complex prin prisma modificărilor diverselor categorii de impunere, în mod deosebit cele indirecte. Pentru ca veniturile bugetare să nu înregistreze fluctuații în minus, orice diminuare a cotelor sau a bazei de impunere pentru o categorie impozabilă necesită automat, pe principiul vaselor comunicante, majorări ale altora, astfel încât programul bugetar să nu fie afectat. În urma experiențelor recente este unanim recunoscut faptul că adoptarea deciziei în materie fiscală trebuie să rămână un atribut al autorităților naționale, dar în același timp trebuie studiată și analizată atent orice politică dintr-un stat membru care are efecte favorabile, care își dovedește eficacitatea, putându-se extinde și aplica și în alte țări din Uniune. Astfel, deși decizia în domeniul fiscal este lăsată la latitudinea guvernelor din Uniune, reformele fiscale din țările membre trebuie construite în așa fel încât să fie racordate la necesitatea armonizării fiscale în plan comunitar, realizându-se un compromis acceptat între suveranitatea fiscală a fiecărui stat și dezideratul eliminării barierelor fiscale din calea funcționării libere și normale a pieței unice.

# PROTECȚIA DREPTURILOR OMULUI ȘI AUTONOMIA ORDINII JURIDICE A UE - AVIZUL 2/2013 AL CJUE\*

*Asis. univ. dr. Carmen Gina ACHIMESCU  
Facultatea de Drept  
Universitatea din București*

## § Human rights' protection and the autonomy of EU legal order - ECJ's Opinion 2/2013

### **Abstract:**

*By its Opinion 2/2013 the ECJ rejected the EU accession to the ECHR. The general approach of accession, based on the principle of the identity of treatment between the EU and the states-parties to the ECHR was disapproved by the Court of Luxembourg, because it is not compliant with the principle of EU's legal order autonomy. The Opinion 2/2013 refers to both procedural and material issues related to the EU's legal order originality. Thus, the exclusive jurisdiction or the lack of jurisdiction of the ECJ in certain fields, the principles of mutual trust, of unitary and uniform application of EU law are the main reasons which stopped the accession process for now.*

**Keywords:** EU accession to the European Convention on Human Rights, autonomy of EU legal order.

Luând inițial forma „dialogului” spontan între instanțe, relația dintre UE și CEDO tinde spre o formulă convențională.

Încă de la sfârșitul anilor '70, Comisia Europeană a încercat în mai multe reprize să obțină aprobarea din partea Consiliului Uniunii Europene pentru a negocia un acord de aderare la Consiliul Europei<sup>1)</sup>. Astfel, problemele legate de competența UE

\* 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 - 2019.

<sup>1)</sup> A se vedea Memorandumul Comisiei Europene din 4 aprilie 1979, Buletinul CE - Suplimentul 2/79 și Comunicatul din 19 noiembrie 1990, Consiliul Europei, Fișa informativă No 27, p 260; a se vedea și Rezoluțiile Parlamentului European din 27 aprilie 1979, 29 octombrie 1982 și 18 ianuarie 1994, disponibile pe pagina web <http://eur-lex.europa.eu>, J.O.C.E 1979-C-127, 1982-C-304, respectiv 1994-C-44; versiunea definitivă a proiectului



de a încheia un acord de aderare la CEDO au fost supuse pentru prima oară analizei CJUE în 1994. Prin Avizul 2/94<sup>2)</sup>, CJUE (de altfel inițiatorul a procesului de absorbție a CEDO în sistemul comunitar) se opunea aderării formale a UE la CEDO, considerată incompatibilă cu competențele Uniunii de la acel moment. În prezent, după aproape 20 de ani, CJUE se dovedește însă la fel de reticentă, deși între timp competențele Uniunii au evoluat în mod semnificativ prin înscrierea obligației de a adera la UE în Tratatul privind Uniunea Europeană de la Lisabona.

Prin Tratatul de la Amsterdam, protecția drepturilor omului a fost ridicată la rang de principiu al Uniunii Europene<sup>3)</sup>. Ulterior, UE a reușit (cu greu) să se doteze cu un instrument propriu de protecție a drepturilor omului - Carta drepturilor fundamentale<sup>4)</sup>. Inițial denumită „*Constituție pentru Europa*”, respinsă în urma referendumurilor din Franța și Olanda, Carta a fost inserată ca anexă în Tratatul de la Lisabona<sup>5)</sup>. Dificultatea adoptării Cartei este grăitoare, cu atât mai mult cu cât aceasta, raportată la CEDO, reflectă o similitudine materială incontestabilă. Transformarea discretă a „*Constituției pentru Europa*” din instrument de sine statător în anexă a tratatului de la Lisabona este un prim indiciu care conduce spre concluzia că protecția drepturilor omului a fost și rămâne un element clandestin în construcția Uniunii<sup>6)</sup>.

Într-un studiu privind rolul funcției în teoria organizațiilor internaționale, profesorul Virally sesiza antinomia dintre „*finalitatea integrată*” a statului și valoarea instrumentală a organizațiilor internaționale. Cu toate acestea, sublinia autorul, valorile comune împărtășite de statele membre ale unei organizații sunt susceptibile să treacă prin anumite transformări ca urmare a dinamicii funcționale a organizației. Totodată, aceste valori pot face obiectul unei „*aproprieri funcționale*” la nivelul organizației, lucru care justifică lărgirea sferei competențelor acesteia prin importarea unor elemente din ordinea juridică a fiecărui stat și adaptarea lor la obiectivele specifice organizației<sup>7)</sup>. La nivelul UE, drepturile omului au făcut obiectul unui astfel de import. Protecția drepturilor omului a devenit astfel o necesitate intrinsecă a Uniunii, însă, în lumina Avizului 2/2014, această necesitate rămâne în umbra altor necesități de ordin constituțional, specifice ordinii juridice a Uniunii.

---

de aderare, CDDH 47+1(2013)008rev2, numit în continuare *Proiectul sau Proiectul de aderare*, respinsă prin Avizul CJUE 2/2013, fusese definitivată la 10 iunie 2013 (disponibil pe <http://www.coe.int>).

<sup>2)</sup> CJCE, Avizul 2/94 din 26 martie 1996.

<sup>3)</sup> Art. 6, *Tratatul de la Amsterdam privind Uniunea Europeană*, semnat la 2 octombrie 1997, intrat în vigoare la 1 mai 1999.

<sup>4)</sup> *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene*, inițial numită *Tratat de instituire a unei Constituții pentru Europa*, adoptată la 7 decembrie 2000, în vigoare din 1 decembrie 2009, odată cu Tratatul de la Lisabona la care a fost anexată.

<sup>5)</sup> A se vedea *supra*.

<sup>6)</sup> L. Basselink, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, <http://www.verfassungsblog.de/en/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VQQxS46UfUU>, consultat la data de 15 martie 2014.

<sup>7)</sup> M. Virally, *La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale in La communauté internationale*, in *Mélanges offerts à C. Rousseau*, Pedone 1974, 344 p., p. 277-300.

De ce CJUE nu e dispusă la niciun fel de compromis pentru a permite „oficializarea” relației dintre cele două sisteme europene de protecție a drepturilor omului? Aderarea UE la CEDO ar părea un pas firesc, poate chiar subînțeles, din moment ce este menționată în TUE. În plus, la nivelul UE s-a exprimat constant și în special pe cale jurisprudențială dorința de a îmbunătăți nivelul de protecție a drepturilor omului. La rândul său, instanța de la Strasbourg și-a autocenzurat intervenția în contextul punerii în aplicare a dreptului UE de către statele membre, recunoscând specificul ordinii juridice a Uniunii. Deși momentele mai tensionate nu au lipsit în dialogul dintre CJUE și CEDO<sup>8)</sup>, coexistența lor „raționalizată”<sup>9)</sup> nu a cunoscut niciodată momente de criză majoră care să preconizeze un al doilea răspuns negativ din partea Curții de la Luxembourg cu privire la aderare.

Respingerea categorică a Proiectului de aderare prin Avizul 2/13<sup>10)</sup> se bazează pe argumente care țin, în mare, de specificul sistemului juridic al UE. Contrar poziției celor trei principale instituții ale Uniunii, celor 28 de state membre și avocatului general, Curtea a considerat că autonomia ordinii juridice a Uniunii este insuficient protejată prin Proiectul de acord de aderare.

Unii specialiști<sup>11)</sup> au văzut în Avizul 2/13 o criză de orgoliu a instanței de la Luxembourg, care asociază procesul de aderare cu riscul unei intervenții externe în zone în care ar dori să aibă exclusivitate sau, dimpotrivă, în zone în care nimeni nu ar trebui să aibă acces din moment ce Curtea însăși poate interveni (PESC). Alți specialiști consideră că autonomia ordinii juridice a Uniunii ar fi fost realmente pusă sub semnul întrebării dacă Proiectul de aderare ar fi fost adoptat în forma actuală<sup>12)</sup>. Există însă și opinii mai nuanțate care, fără a minimaliza relevanța argumentelor prezentate în Aviz, constată că neîncrederea CJUE față de instanța de la Strasbourg este totuși defavorabilă protecției drepturilor omului<sup>13)</sup>. Cu toții sunt însă de acord

<sup>8)</sup> Menționăm în acest sens hotărârea recentă *Tarakhel c. Elveției* a CEDO din 4 noiembrie 2014 privind aplicarea normelor europene în materie de azil.

<sup>9)</sup> Expresia îi aparține lui A. Garapon, *Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention?*, Séminaire Cour EDH (Dialogue entre juges 2011), p. 36, disponibil pe [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>10)</sup> CJUE, Avizul 2/13 din 18 decembrie 2014.

<sup>11)</sup> E.g. L. Besselink, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, <http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/>, consultat în data de 15 martie 2015.

<sup>12)</sup> H. Labayle, *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de Justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH*, <http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/elsj/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/>, consultat în data de 15 martie 2015; R. Mehdi, *Avis 2/13: le mécanisme de codéfendeur à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne*, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/13/justice/avis-213-le-mecanisme-de-codefendeur-a-lepreuve-de-lautonomie-du-droit-de-lunion-europeenne/>, consultat în 15 martie 2015.

<sup>13)</sup> Douglas-Scott (S.), *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, <http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sion-aidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/>, consultat în data de 15 martie 2015; G. Bachoué Pedrouzo, *Avis 2/13 de la CJUE: l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC*.

că fuziunea celor două sisteme juridice este aproape totală și ireversibilă în plan substanțial, în timp ce dualitatea instituțională și procedurală menținută este susceptibilă să genereze probleme punctuale iremediabile.

Principalele argumente pe care CJUE le-a prezentat în defavoarea Proiectului de aderare decurg în primul rând din abordarea generală a problemei aderării, mai precis din aplicarea principiului egalității între UE și celelalte state parte la CEDO (1). Astfel, în plan procedural, mecanismele speciale prevăzute de Proiect pentru a adapta sistemul CEDO la specificul UE nu sunt conforme cu tratatele fundamentale ale Uniunii, care prevăd jurisdicția exclusivă a CJUE în probleme ce țin de delimitarea competențelor și a răspunderii în cadrul Uniunii (2). În plan substanțial, principiul încrederii reciproce și problema standardelor naționale mai favorabile au constituit, de asemenea, un punct nevralgic în lumina articolelor 53 din Convenție și Cartă (3). Totodată, procedura consultativă instituită de Protocolul 16 la CEDO a fost catalogată drept o concurentă neloială a procedurii întrebărilor preliminare de la nivelul UE (4). La final, dar nu cel din urmă, argumentul lipsei de competență a CJUE în domeniul PESC a fost invocat pentru a înlătura posibilitatea ca o jurisdicție externă să se pronunțe în primă instanță asupra unor chestiuni ce țin de dreptul Uniunii (5).

Cu privire la consecințele imediate ale Avizului, majoritatea doctrinei<sup>14)</sup> este de părere că termenii în care acesta e formulat nu ar permite reluarea negocierilor, iar revizuirea tratatelor (puțin probabilă) ar fi sigură posibilitate de a debloca situația.

## 1. Aderarea UE la CEDO pe picior de egalitate cu celelalte state parte

După cum am precizat mai sus, UE a dobândit o competență explicită în domeniul protecției drepturilor omului și, totodată, impulsul pentru a adera formal la CEDO prin tratatul de la Amsterdam<sup>15)</sup>. Specificul competențelor Uniunii a impus totuși anumite precauții. Referitor la articolul 6(2) din Tratatul de la Lisabona privind Uniunea Europeană, Protocolul 8 precizează că acordul de aderare a Uniunii la CEDO trebuie să prevadă mecanismele necesare pentru a garanta că recursurile interstatuale și cele individuale sunt dirijate corect împotriva statelor membre și/sau Uniunii.

Conform Proiectului, aderarea UE la CEDO ar fi urmat să se producă în condiții de egalitate cu celelalte state parte, iar specificul ordinii juridice s-ar fi reflectat în cele două mecanisme specifice care ar fi asigurat participarea la procedura în fața CEDO a tuturor actorilor implicați: mecanismul „copârâtului” ar fi avut rolul de a

---

Et après ?, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/31/droits-fondamentaux/3742/> consultat în data de 15 martie 2015; J.-S. Bergé, Une, deux et... trois lecture: de l'avis 2/13 (CJUE) à l'affaire Avotins (CEDH), <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/12/cooperation-judiciaire-civile/une-deux-et-trois-lectures-de-lavis-23013-ue-a-laffaire-avotins-cedh/>, consultat în data de 15 martie 2015.

<sup>14)</sup> J.-P. Jacqué, *supra*, pare a căuta totuși soluții de deblocare a crizei prin renegocierea termenilor de aderare.

<sup>15)</sup> F. Sudre, *La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système européen des droits fondamentaux*, Semaine Juridique (édition générale) 1/1998, 100, p. 9.

asigura delimitarea corectă a responsabilității UE de cea a statelor membre<sup>16)</sup>, iar mecanismul „*intervenției prealabile*” a CJUE ar fi reprezentat o adaptare a regulii epuizării căilor de atac interne la sistemul juridic supraetajat al UE<sup>17)</sup>.

În Avizul 2/2013, la punctele 156 și 157, CJUE dezaprobă vehement ideea de a plasa Uniunea și celelalte state parte la CEDO pe picior de egalitate: „*spre deosebire de orice altă parte contractantă, din punctul de vedere al dreptului internațional, Uniunea nu poate să fie considerată un stat, având în vedere însăși natura sa*” (punctul 156).

În continuare, făcând trimitere la jurisprudența care a stat la baza sistemului constituțional al Uniunii (van Gend & Loos, 26/62; Costa, 6/64, precum și Avizul 1/09), Curtea reamintește caracterul *sui generis* al ordinii juridice a Uniunii. Spre deosebire de alte organizații internaționale, UE beneficiază de instituții proprii, în favoarea cărora „*statele membre și au limitat drepturile suverane în domenii din ce în ce mai extinse*”, iar subiecte dreptului Uniunii „*sunt nu numai statele, ci și resortisanții acestora*” (punctul 157). Or, continuă Curtea, „*faptul că Uniunea este dotată cu o ordine juridică de tip nou, având o natură care îi este specifică, un cadru constituțional și principii fondatoare care îi sunt proprii, o structură instituțională deosebit de elaborată, precum și un ansamblu complet de norme juridice care îi asigură funcționarea, determină consecințe în ceea ce privește procedura și condițiile aderării la CEDO*” (punctul 158).

Mai departe, Curtea precizează că tocmai „*aceste caracteristici esențiale ale dreptului Uniunii au dat naștere unei rețele structurate de principii, de norme și de relații juridice mutual interdependente care leagă reciproc Uniunea și statele sale membre, precum și statele membre între ele*” în vederea creării „*unei uniuni tot mai profunde între popoarele Europei*” (punctul 167). Se menționează, de asemenea, faptul că *transferul de competențe la nivelul Uniunii poate avea drept consecință competența exclusivă Uniunii în anumite domenii, excluzând aplicarea oricărui alt drept*<sup>18)</sup>, național sau internațional (punctul 193).

În consecință, aderarea Uniunii la CEDO în condiții de egalitate cu statele ar fi în contradicție cu natura sa intrinsecă.

<sup>16)</sup> J.-P. Jaqué, *The accession of the European Union to the European Convention of human rights*, Common Market Law Review 2011, p. 995-1093; Aceeași idee se regăsește și în rapoartele explicative ale Proiectului, ce vorbesc despre situația, unică în cadrul sistemului Convenției, în care un act este adoptat de o parte contractantă și pus în aplicare de alta - CDDH 47+1(2013)008rev2.

<sup>17)</sup> Cu atât mai mult cu cât, teoretic, unele măsuri ce nu țin de competența CJUE ar putea fi totuși supuse controlului CEDO; a se vedea Proiectul de acord CDDH 47+1(2013)008rev2; Jaqué, *supra*, T. Lock, *Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in Law and Governance in Europe, Working Paper Series 12/2011, Centre for Law and Governance in Europe, London, [http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/wp-series/ucl\\_clge\\_012\\_11.pdf](http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/wp-series/ucl_clge_012_11.pdf), consultat la data de 15 martie 2014; a se vedea și I. Gălea, *Aderarea Uniunii Europene la Convenția europeană a drepturilor omului. Analiză critică*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 140.

<sup>18)</sup> Aceeași idee se regăsește începând cu 2008 și în celebra serie de hotărâri Kadi, în care Curtea care vorbește de cadrul constituțional *sui generis* al Uniunii, care nu poate fi modificat sub influența unor factori externi, indiferent de proveniența lor (în speță Rezoluțiile Consiliului de Securitate ONU adoptate în temeiul Capitolului VII din Carta ONU).

## 2. Chestiuni legate de jurisdicția exclusivă a Curții în delimitarea competențelor și răspunderii în cadrul UE

Instanța de la Luxembourg a afirmat în mod constant că acordurile internaționale încheiate de UE nu pot afecta delimitarea competențelor și puterilor la nivelul Uniunii, așa cum rezultă din Tratatul constitutiv. În acest sens, art. 344 al Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene prevede că statele membre nu pot supune un diferend legat de interpretarea tratatelor altei instanțe decât CJUE, iar mecanismul de implicare prealabilă și mecanismul copârâtului prevăzute de Proiectul de acord nu ar fi fost compatibile, în opinia Curții, cu aceste prevederi. Condamnate „fără drept de apel”<sup>19)</sup>, cele două mecanisme sus-menționate fuseseră totuși expres concepute pentru a răspunde exigențelor Protocolului N° 8 în ceea ce privește nevoia de a proteja autonomia ordinii juridice a UE în vederea aderării la CEDO.

**Cu privire la mecanismul copârâtului**, CJUE amintește că această procedură poate fi declanșată în trei cazuri: la cererea UE sau a statelor membre, cu acordul acestora, sau ca urmare a invitației primite de acestea din partea CEDO. Participarea la această procedură nu poate fi obligatorie, dar nici nu poate fi garantată. Astfel, CJUE atrage atenția asupra ipotezei în care UE sau statele membre ar dori să participe în calitate de copârât, dar instanța de la Strasbourg nu ar considera pretenția lor „plauzibilă”. CJUE concluzionează la punctul 220 al Avizului că Uniunea și statele membre nu ar fi avut libertatea de a aprecia condițiile materiale de activare a mecanismului, iar intervenția CEDO ar fi fost susceptibilă să influențeze repartizarea a competențelor la nivelul Uniunii. În plus, sistemul de răspundere solidară prevăzut de art. 3 (7) al Proiectului ar fi putut conduce la situații absurde în care ar fi putut fi angajată răspunderea unui stat membru pentru încălcarea unor dispoziții ale Convenției cu privire la care acesta ar fi emis rezerve. Deși CEDO ar fi putut decide separarea răspunderii pârâtului de cea a copârâtului, fie în urma propriei analize, fie în urma validării unui eventual acord între aceștia din urmă, CJUE consideră că o astfel de decizie nu ține de competența instanței de la Strasbourg, ci de competența exclusivă a CJUE (punctul 234).

**Cu privire la mecanismul intervenției prealabile** prevăzut la art. 3 (6) al Proiectului de aderare, atitudinea CJUE est cu atât mai surprinzătoare cu cât prevederile respective au fost sugerate de înșiși președinții celor două instanțe într-un comunicat comun din 2011<sup>20)</sup>. Deși mecanismul a fost conceput ca o regulă specială care ar fi permis adaptarea exigenței epuizării căilor interne de recurs la situația specifică a Uniunii, Avizul 2/13 precizează că acesta nu ar trebui să se desfășoare sub controlul instanței de la Strasbourg. Raportat la acțiunile privind dreptul Uniunii soluționate de instanțele naționale în cadrul cărora procedura întrebărilor preliminare nu a fost utilizată, CJUE ar trebui să aprecieze ea însăși dacă a avut deja sau nu a avut posibilitatea să se pronunțe asupra chestiunilor legate de dreptul Uniunii.

Pe scurt, instanța de la Strasbourg nu are dreptul să intervină în delimitarea competențelor și implicit a răspunderii UE de competențele și răspunderea statelor

<sup>19)</sup> Cf. R. Mehdi, *supra*.

<sup>20)</sup> Comunicatul comun al președinților Costa și Skouris, disponibil în limba franceză la adresa web: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh\\_cjue\\_francais.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_francais.pdf), consultat la data de 15 martie 2014.

membre, iar mecanismele copârâtului și implicării prealabile nu garantează autonomia ordinii juridice a Uniunii atât timp cât sunt plasate sub controlul CEDO.

### 3. Chestiuni legate de interpretarea dreptului substanțial al Uniunii - principiul încrederii reciproce și standardele naționale mai favorabile

Intervenția instanței de la Strasbourg conform Proiectului de aderare ar fi putut afecta nu numai delimitarea competențelor și responsabilităților în cadrul UE, ci și interpretarea dreptului material al Uniunii care, conform tratatelor fundamentale, ține de competența exclusivă a CJUE. În acest sens, Avizul 2/13 reproșează Proiectului de aderare lipsa oricăror prevederi în sensul coordonării articolelor 53 din CEDO și din Cartă privind standardele de protecție mai favorabile.

În lumina jurisprudenței sale<sup>21)</sup> și oarecum contrar jurisprudenței CEDO<sup>22)</sup>, CJUE invocă principiul încrederii reciproce cu privire la existența unui nivel de protecție a drepturilor omului echivalent în toate statele membre UE. Exigența de încredere reciprocă este cvasiabsolută în domeniile în care legislațiile naționale sunt complet armonizate (cf. punctului 192), cu excepția unor „*circumstanțe excepționale*” nedeterminate încă. Această abordare contrastează cu jurisprudența CEDO, care impune statelor parte verificarea situației reale a protecției drepturilor fundamentale într-un stat terț sub a cărui jurisdicție urmează a fi plasat un individ.

Astfel, „*aderarea este susceptibilă să compromită echilibrul pe care este bazată Uniunea, precum și autonomia dreptului Uniunii*” în condițiile în care statele membre UE, acordând individului o protecție sporită în domenii în care Uniunea a procedat deja la o armonizare deplină a legislațiilor, ar putea să refuze punerea în aplicare a dreptului european în virtutea art. 53 CEDO (punctele 193 și 194).

### 4. Chestiuni legate de procedura întrebărilor preliminare - pericolul de „*forum shopping*” în lumina Protocolului 16 la CEDO

În paralel cu procesul de aderare a UE la CEDO, procesul de reformă a sistemului Convenției a demarat pe mai multe planuri, concretizându-se în două protocoale adiționale, Protocoalele 15 și 16. Aceste două instrumente readuc în prim-plan principiul subsidiarității, în principal pentru a responsabiliza instanțele interne și pentru a reduce încărcătura de lucru a Curții. În Protocolul 16 se prevede, printre altele, un cadru de *dialog instituționalizat*<sup>23)</sup> între CEDO și instanțele interne pentru ca, sub coordonarea CEDO, să se prevină aplicarea incorectă a Convenției la nivel național. Acest mecanism pur consultativ, conceput în sprijinul descentralizării sistemului Convenției, este perceput de CJUE drept un concurent periculos pentru procedura preliminară de la nivelul Uniunii. Instanțele naționale supreme ar fi, în opinia Curții, supuse tentației de a practica *forum shopping-ul* în situația în care nu doresc să

<sup>21)</sup> CJUE, Melloni, C-399/11, 26 februarie 2013; N.S., C 411/10, C-493/10, 21 decembrie 2011.

<sup>22)</sup> A se vedea recenta hotărâre a CEDO *Tarakhel c. Elveției* din 4 noiembrie 2014.

<sup>23)</sup> F. Sudre, *La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'homme*, La semaine juridique (édition générale) 42/2013, 1086, p. 1912.

adreseze CJUE anumite întrebări preliminare legate de protecția drepturilor fundamentale la nivelul Uniunii.

## 5. Chestiuni legate de lipsa competenței CJUE în domeniul PESC

Lipsa competenței CJUE în domeniul PESC a ridicat unele semne de întrebare legate de efectivitatea garanțiilor oferite de articolele 6 și 13 CEDO (garantarea dreptului la un proces echitabil și la un recurs efectiv) în acest domeniu. O soluție imaginată de Jean-Paul Jacqué ar fi constat în excluderea PESC din câmpul de aplicare al Convenției, din moment ce Uniunea nu oferă niciun fel de garanții procedurale în acest sens. Această variantă s-ar fi putut dovedi însă inefficientă<sup>24)</sup>, având în vedere că rezervele cu caracter general sunt interzise de CEDO. În acest context, Géraldine Bachoué-Pedrouzo a propus o interpretare a Avizului 2/13 prin prisma aluziei indirecte la necesitatea modificării tratatelor pentru a recunoaște competența CJUE în domeniul PESC, un domeniu cu un potențial contencios de necontestat<sup>25)</sup>.

## 6. Concluzie

În prezent, buna administrare a justiției în UE pare inevitabil legată de o *subsidiaritate multiplă* aplicată în relația dintre instanțele naționale, CEDO și CJUE. Întrepătrunderea ordinii juridice a UE și a sistemului de protecție a drepturilor omului instituit de CEDO constituie o realitate și, totodată, un nou orizont comun al jurisdicțiilor europene, precum și al jurisdicțiilor naționale, ca prime instanțe de aplicare a dreptului european<sup>26)</sup>. Este adevărat că raporturile de forță dintre jurisdicțiile respective nu sunt reglementate în sensul stabilirii unei ierarhii clare, însă, după cum sublinia profesorul Labayle, nu ierarhizarea ar trebui să fie cea mai importantă, ci complementaritatea sistemelor de protecție<sup>27)</sup>.

Dar ce presupune o coexistență a instanțelor bazată pe complementaritate? Spre exemplu, acolo unde CEDO nu e competentă *ratione personae* (în speță în aprecierea convenționalității actelor UE), CJUE, singura instanță competentă, ar trebui să asigure protecția drepturilor fundamentale. Însă Curtea de la Luxembourg „nu este o curte a drepturilor omului, ci instanța supremă a UE”, după cum afirma însuși președintele CJUE<sup>28)</sup>. În acest context este puțin probabil ca instanța de la Strasbourg să se împovăreze de bunăvoie cu un contencios preluat abuziv de la CJUE, cu atât mai mult cu cât este sufocată deja de prea multe cereri și se pregătește să înăsprească regulile privind exercitarea recursului individual. Interesele antago-

<sup>24)</sup> Cf. G. Bachoué Pedrouzo, *supra*.

<sup>25)</sup> *Ibidem*.

<sup>26)</sup> B. Bertrand, *Cohérence normative et désordres contentieux - À propos de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger 1/2012, p. 181; Achimescu (C.), *Subsidiaritatea în triunghiul jurisdicțional instanțe naționale - Curtea Europeană a Drepturilor Omului - Curtea de Justiție a Uniunii Europene*, Conferința internațională de la Chișinău din 14 noiembrie 2014.

<sup>27)</sup> H. Labayle, *supra*.

<sup>28)</sup> Citat de L. Besselink, *supra*.

niste apar astfel pe mai multe planuri: criza recursului individual direct pe fondul exacerbării instinctului de autoconservare al CEDO, la care se adaugă, din nefericire, jocurile de putere între CJUE și Curtea de la Strasbourg.

După cum a remarcat profesorul Labayle<sup>29)</sup>, nevoia unei protecții convenționale a drepturilor fundamentale la nivelul Uniunii s-a impus treptat în mentalul colectiv al europenilor, odată cu diminuarea nejustificată a importanței obstacolelor ce țin de specificul construcției Uniunii. În realitate, aderarea UE la CEDO, preconizată de mai bine de 20 de ani, dar încă nedesăvârșită, nu a fost niciodată concepută ca o garanție suplimentară pentru protecția drepturilor individuale. Observatorii juriști au putut sesiza încă de la început că miza reală a acestui demers a fost reglementarea interacțiunii dintre cele două sisteme juridice europene, precum și a relaționării lor cu sistemele naționale de protecție a drepturilor omului.

În aceste condiții, nu putem ști sigur dacă o eventuală aderare a UE la CEDO, fie în urma redeschiderii negocierilor, fie în urma modificării Tratatelor UE, va îmbunătăți radical situația indivizilor în plan contencios. Având în vedere că CJUE nu se consideră o curte a drepturilor omului<sup>30)</sup>, refuzând totodată recunoașterea rolului de coordonator pe care instanța de la Strasbourg l-ar putea exercita în acest domeniu, individul are numai de pierdut în plan contencios. Însă profesorul Labayle atrage atenția asupra câștigului iluzoriu pe care individul l-ar fi avut dacă proiectul de aderare s-ar fi concretizat. În opinia sa, adevărații beneficiari ai aderării UE la CEDO ar fi fost avocații reclamanților, având în vedere că indivizii fără pregătire juridică nici nu s-ar încumeta să parcurgă singuri un sistem jurisdicțional atât de complicat, cu etape procedurale încrucișate, la capătul cărora îi așteaptă un rezultat improbabil<sup>31)</sup>.

Care vor fi consecințele Avizului 2/13? Doctrina este în general de acord că redeschiderea negocierilor este puțin probabilă, având în vedere că statele nemembre UE nu sunt dispuse la noi compromisuri. În plus, după cum subliniază doamna profesor Douglas-Scott, aderarea în condițiile puse de Avizul 2/2013 nu ar mai prezenta niciun fel de interes, deoarece nu ar permite instituirea unui control efectiv asupra convenționalității acțiunilor Uniunii<sup>32)</sup>. În privința modificării tratatelor, doctrina e împărțită, fiind vorba de o procedură greoaie și puțin probabil a se produce în viitorul apropiat.

Așadar, unificarea sistemelor europene de protecție a drepturilor omului rămâne deocamdată, după cum foarte plastic s-a exprimat profesorul Labayle, doar un „*frumos simbol*”.

---

<sup>29)</sup> H. Labayle, *supra*.

<sup>30)</sup> După cum a demonstrat-o pe deplin prin hotărârile Meloni, *supra* și N.S., 21 decembrie 2011, C 411/10, C-493/10.

<sup>31)</sup> H. Labayle, *supra*.

<sup>32)</sup> S. Douglas-Scott, *supra*.



## Bibliografie

- Bachoué Pedrouzo (G.), Avis 2/13 de la CJUE: l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC. Et après ?, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/31/droits-fondamentaux/3742/consultat> în data de 15 martie 2015.
- Bergé (J.-S.), Une, deux et... trois lecture: de l'avis 2/13 (CJUE) à l'affaire Avotins (CEDH), <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/12/cooperation-judiciaire-civile/une-deux-et-trois-lectures-de-lavis-23013-ue-a-laffaire-avotins-cedh/>, consultat în data de 15 martie 2015.
- Bertrand (B.), Cohérence normative et désordres contentieux - à propos de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* 1/2012, p. 181-215.
- Besselink (L.), *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, <http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/> consultat în data de 15 martie 2015.
- Douglas-Scott (S.), *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, <http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/>, consultat în data de 15 martie 2015.
- Foucart (R.), *Avis 2/13: la sanction du mécanisme d'implication préalable par la Cour de Justice*, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/20/droits-fondamentaux/avis-213-la-sanction-du-mecanisme-dimplication-prealable-par-la-cour-de-justice/>, consultat în data de 15 martie 2015.
- Gâlea (I.), *Aderarea Uniunii Europene la Convenția europeană a drepturilor omului. Analiză critică*, Ed. C.H. Beck, București, 2012.
- Jacqué (J.-P.), *L'avis 2/13 - Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ?* <http://www.droit-union-europeenne.be/412337458>, consultat în data de 15 martie 2015; *The accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, *Common Market Law Review* 2011, p. 995-1093.
- Labayle (H.), *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de Justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH*, <http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/elsj/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/>, consultat în data de 15 martie 2015.
- Lock (T.), *Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in *Law and Governance in Europe*, Working Paper

- Series 12/2011, Centre for Law and Governance in Europe, London, [http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/wp-series/ucl\\_clge\\_012\\_11.pdf](http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/wp-series/ucl_clge_012_11.pdf).
- Mehdi (R.), *Avis 2/13: le mécanisme de codéfendeur à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne*, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/13/justice/avis-213-le-mecanisme-de-codefendeur-a-lepreuve-de-lautonomie-du-droit-de-lunion-europeenne/>, consultat în 15 martie 2015.
- O'Neill (A.), *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: The CJEU as Humpty Dumpty*, <http://eutopialaw.com/2014/12/18/opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-the-cjeu-as-humpty-dumpty/>, consultat în data de 15 martie 2015.
- Sudre (F.), *La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'homme*, *La semaine juridique (édition générale)* 42/2013, 1086 *La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système européen des droits fondamentaux*, *Semaine Juridique (édition générale)*, 1/1998, 100.
- Virailly (M.), *La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale in La communauté internationale*, in *Mélanges offerts à C. Rousseau*, Pedone 1974, 344 p., p. 277-300.

# DREPTUL DE A STUDIA ÎN PROGRAMUL ERASMUS

*Conf. univ. dr. Cristina OTOVESCU  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova*

## § The right to study in Erasmus programme

### **Abstract:**

*Everyone has the right to study. Erasmus is one of the most popular programmes and many students choose it to study in other country. Erasmus exchange programme offers good opportunities among EU member states for foreign study schemes. It is very important to know that in Erasmus exchange programme there are many courses available for many faculties. Students who want to study abroad on the Erasmus programme must be nominated by their faculties where they are studying. Nominees must be sent to another Erasmus Institutional Coordinator and it is necessary to fill up the documents.*

**Keywords:** human rights, law, Erasmus, exchange programme, student.

Art. 26 din *Declarația universală a drepturilor omului* garantează următoarele:

„1. Orice persoană are dreptul la învățătură. Învățământul trebuie să fie gratuit, cel puțin în ceea ce privește învățământul elementar și general. Învățământul elementar trebuie să fie obligatoriu. Învățământul tehnic și profesional trebuie să fie la îndemâna tuturor, iar învățământul superior trebuie să fie de asemenea egal, accesibil tuturor, pe bază de merit.

2. Învățământul trebuie să urmărească dezvoltarea deplină a personalității umane și întărirea respectului față de drepturile omului și libertățile fundamentale. El trebuie să promoveze înțelegerea, toleranța, prietenia între toate popoarele și toate grupurile rasiale sau religioase, precum și dezvoltarea activității Organizației Națiunilor Unite pentru menținerea păcii.

3. Părinții au dreptul de prioritate în alegerea felului de învățământ pentru copiii lor minori”.

Protocolul nr. 1 la *Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale* prevede în art. 2 dreptul la instruire: „Nimănui nu i se poate refuza

dreptul la instruire. Statul, în exercitarea funcțiilor pe care și le va asuma în domeniul educației și învățământului, va respecta dreptul părinților de a asigura această educație și acest învățământ conform convingerilor lor religioase și filozofice”<sup>1)</sup>.

De subliniat că dreptul la instruire reprezintă în toate societățile civilizate un drept unanim promovat, știut fiind faptul că acesta constituie un factor indispensabil al progresului uman. Instituțiile de învățământ asigură procesul sistematic de pregătire a tinerilor și orice stat este interesat ca aceștia să se integreze în viața socială, în primul rând prin cunoaștere, prin formarea unui larg orizont cultural și printr-o pregătire de specialitate, pe care se bazează calificarea lor profesională. Documentul normativ, invocat mai sus, evidențiază, totodată, și dreptul părinților de a decide profilul instructiv-educativ al tinerilor, în funcție de propriile lor opțiuni ori convingeri filozofice și religioase. Desigur, planurile de învățământ și programele analitice, metodele și tehnicile pedagogice, modalitățile de studiu și configurația ori structura anilor școlari sunt stabilite de unitățile școlare preuniversitare și universitare, conform libertății de opțiune, în raport de competențele urmărite și în acord cu principiul autonomiei școlare.

Statul creează doar cadrul legal de organizare și funcționare a sistemului național de învățământ, în timp ce unitățile constitutive ale acestuia poartă responsabilitatea conținutului procesului de instruire și formare profesională (alegerea materiilor de studiu, evaluarea elevilor/studentilor, dimensionarea structurilor tematice, volumul informațiilor transmise, criteriile de selectare și promovarea tinerilor cuprinși într-o formă sau alta de învățământ etc.). „În numele copiilor lor, părinții pot pretinde autorităților statale organizarea unor forme de învățământ, spre a asigura punerea în valoare a acestui drept al copiilor, indiferent dacă este vorba despre copii din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați. Această posibilitate juridică este strâns legată și de dreptul recunoscut părinților de a pretinde statelor, în cadrul organizării învățământului, de a respecta convingerile lor filozofice și religioase”<sup>2)</sup>.

Dacă dreptul de a studia este o posibilitate generală, în schimb alegerea formei și a programului de studiu este un act de libertate individuală pe care îl exercită cei tineri, mai mult sau mai puțin influențați sau sfătuiți de părinți, de profesori ori de alți colegi. Pentru generațiile actuale de tineri majori, internetul și mass-media au un rol important în orientarea opțiunilor lor instructiv-educative.

Pe un plan mai larg este necesar să conștientizăm, așa cum relevă anumiți specialiști, că: „Libertatea alegerii individuale, printre care și aceea de a studia, este una dintre valorile sociale extrem de importante, astfel constituindu-se valorile personale, configurate în mod individual, dar nu independent de valorile grupurilor și comunităților de care aparține individul”<sup>3)</sup>.

*Erasmus+*, noul program al Uniunii Europene pentru educație, formare, tineret și sport pentru perioada 2014-2020, are ca scop încurajarea dezvoltării competen-

<sup>1)</sup> Pentru comentarii privind art. 2, Protocolul nr. 1 la *Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale*, a se vedea R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 386-387.

<sup>2)</sup> C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. I, *Drepturi și libertăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 1064.

<sup>3)</sup> F. Andrioni, *Repere deontologice în asistența socială*, Ed. Focus, Petroșani, 2009, p. 20.

țelor și a capacității privind inserția profesională și să propună noi oportunități de educație, formare și stagii pentru tineri. Bugetul total de 14,7 miliarde de euro este cu 40% mai mare decât nivelul actual al cheltuielilor, constă în angajamentul Uniunii Europene de a finanța domeniile precizate. Datorită Programului Erasmus+ peste 4 milioane de europeni au oportunitatea să studieze, să se formeze, să dobândească experiență profesională și să participe la programele de voluntariat în străinătate. Erasmus+ dorește să finanțeze parteneriatele transnaționale între organizații și instituții de învățământ, formare și tineret, în vederea stimulării cooperării și realizării unei legături între mediul educațional și cel profesional și să susțină eforturile de modernizare a sistemelor de învățământ, formare profesională și tineret care sunt depuse la nivel național<sup>4)</sup>.

Erasmus + include mai multe programe europene care au fost puse în aplicare de către Comisie în perioada 2007-2013<sup>5)</sup>: Programul de învățare pe tot parcursul vieții; Programul Tineret în acțiune; Programul Erasmus Mundus; Tempus; Alfa; Edulink; Programe de cooperare cu țările industrializate în domeniul învățământului superior.

În vederea ajutării participanților și beneficiarilor fostelor programe să se orienteze în cadrul programului Erasmus + pentru comunicare și diseminare, pe lângă marca Erasmus+, mai pot fi folosite și alte denumiri pentru acțiunile care se referă la un sector specific, și anume<sup>6)</sup>:

- „Erasmus+: Comenius” se referă la activitățile programului legate exclusiv de domeniul educației școlare;
- „Erasmus+: Erasmus” se referă la activitățile programului legate exclusiv de domeniul învățământului superior și care vizează țările participante la program;
- „Erasmus+: Erasmus Mundus” se referă la programele de masterat comune Erasmus Mundus;
- „Erasmus+: Leonardo da Vinci” se referă la activitățile programului legate exclusiv de domeniul educației și formării profesionale;
- „Erasmus+: Grundtvig” se referă la activitățile programului legate exclusiv de domeniul învățământului pentru adulți;
- „Erasmus+: Tineretul în acțiune” se referă la activitățile programului legate exclusiv de învățarea nonformală și informală în domeniul tineretului;
- „Erasmus+: Jean Monnet” se referă la activitățile programului legate exclusiv de domeniul studiilor privind Uniunea Europeană;
- „Erasmus+: Sport” se referă la activitățile programului legate exclusiv de domeniul sportului.

<sup>4)</sup> Informații preluate de pe [http://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/discover/index\\_ro.htm](http://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/discover/index_ro.htm).

<sup>5)</sup> Erasmus+, *Ghidul programului*, Versiunea 3 (2015): DD/MM/2014, p. 10.

<sup>6)</sup> *Idem*.

- Erasmus+ are ca scop sprijinirea instrumentelor UE de transparență și recunoaștere a aptitudinilor și calificărilor, mai ales Europass, Youthpass, Cadrul european al calificărilor (CEC), Sistemul european de credite transferabile (ECTS), Sistemul european de credite pentru educație și formare profesională (ECVET), Cadrul european de referință pentru asigurarea calității în educație și formare profesională (EQAVET), Registrul European pentru Asigurarea Calității în Învățământul Superior (EQAR), Asociația europeană pentru asigurarea calității în învățământul superior (ENQA), precum și rețelele la nivelul UE în cadrul educației și formării care sprijină aceste instrumente, în special centrele naționale de informare referitoare la recunoașterea academică a diplomelor (NARIC), rețelele Euroguidance, centrele naționale Europass și centrele naționale de coordonare ale CEC. Menirea acestor instrumente este aceea de a realiza un cadru normativ coerent și unitar la scară europeană, care să reglementeze întreg sistemul de învățământ și educație într-o manieră pragmatică pentru beneficiarii acestuia: absolvenți, instituții, angajatori etc. Astfel, se pot valorifica mai bine aptitudinile tinerilor și înțelege mai clar competențele necesare pentru obținerea anumitor calificări, se poate corela optim sistemul de învățământ cu nevoile reale ale pieței europene a muncii, devin compatibile și interacționează funcțional instituțiile naționale de formare a forței de muncă, în scopul creșterii economice. De asemenea, sistemul de mobilități devine mai flexibil și operațional, recunoașterea comună a diplomelor și competențelor profesionale impulsionează procesul de competitivitate. Instrumentele amintite asigură elaborarea unor politici viabile în domeniul educației tineretului și facilitează îndeplinirea obiectivelor cuprinse în strategia Europa 2020, referitoare la formarea și ocuparea forței de muncă prin procesul de învățământ<sup>7)</sup>.

Privind educația și formarea, Erasmus oferă posibilitatea tinerilor și cadrelor didactice din învățământul superior de a studia în străinătate. În perioada actuală, programul Erasmus+ vizează următoarele domenii:

- „educație școlară - oportunități pentru personal și instituții;
- educație și formare profesională - oportunități pentru elevi, ucenici, stagii, profesori, instituții și întreprinderi;
- învățământ superior - oportunități pentru studenți, personal, instituții și întreprinderi;
- învățământ pentru adulți - oportunități pentru personal, instituții și întreprinderi;
- integrare europeană - oportunități pentru profesori, cercetători și instituții”<sup>8)</sup>.

Studenții au posibilitatea să învețe în străinătate între 3 și 12 luni, existând oportunitatea de a participa inclusiv la un stagiul complementar, în cazul în care acesta

<sup>7)</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>8)</sup> [http://ec.europa.eu/education/opportunities/index\\_ro.htm](http://ec.europa.eu/education/opportunities/index_ro.htm).

este planificat. Un student poate să beneficieze de granturi pentru perioade de mobilitate de până la 12 luni pentru fiecare ciclu de studii: „în timpul primului ciclu de studii (licență sau echivalent), inclusiv ciclul scurt (nivelurile 5 și 6 din cadrul european al calificărilor); în timpul celui de-al doilea ciclu de studii (masterat sau echivalent - nivelul 7 din cadrul european al calificărilor), și în timpul celui de-al treilea ciclu de studii, în calitate de doctorand (nivel de doctorat sau nivelul 8 din cadrul european al calificărilor)”. Mobilitatea în cadrul Programului Erasmus se derulează în cadrul acordurilor interinstituționale care sunt realizate înainte între instituția de origine și instituția gazdă. Ambele au obligația de a deține Carta Universitară Erasmus, în situația în care sunt țări participante la program. Înainte de a pleca, studentul Erasmus+ are la dispoziție următoarele: „un acord de grant care acoperă perioada de mobilitate, semnat de student și de instituția de învățământ superior de origine; un contract de studiu care conține programul de studiu; acest contract trebuie aprobat și semnat de instituția de învățământ de origine, de instituția gazdă și de student; Carta studentului Erasmus care precizează drepturile și obligațiile studenților pe perioada de studii în străinătate”. După ce s-a terminat perioada de studiu în străinătate, Universitatea gazdă trebuie să ofere studenților și instituției de origine foaia matricolă cu rezultatele programului stabilit și să recunoască activitățile realizate în perioada de mobilitate Erasmus, potrivit contractului de studiu. Perioada de mobilitate Erasmus este inclusă și în cadrul suplimentului la diplomă<sup>9)</sup>.

Pentru studenții români, programul Erasmus a contribuit în mod constant la formarea și dezvoltarea lor profesională, aceștia având posibilitatea de a studia în unele dintre cele mai cunoscute universități europene și de a cunoaște valorile științifice ale lumii contemporane. Datele statistice atestă că, până în prezent, un număr de 5011 studenți s-au bucurat de avantajele unor burse dobândite prin programul Erasmus, potrivit comunicatului Reprezentanței Comisiei Europene din România. Informațiile furnizate de această instituție ne arată ca numărul bursierilor români a fost cu 9% mai mare în anul școlar 2012 - 2013, comparativ cu anul anterior, 2011 - 2012. Pe baza respectivelor informații, am reușit să schițăm o situație a studenților români bursieri prin programul Erasmus, în funcție de principalele țări de destinație, care se prezintă în felul următor<sup>10)</sup>:

Nr.crt.	Țara de destinație	Nr. studenților	%
1.	Franța	1020	37,07%
2.	Italia	604	21,95%
3.	Germania	564	20,51%
4.	Spania	563	20,46%
5.	Total general	2751	100%

Sursa: Reprezentanța Comisiei Europene în România

<sup>9)</sup> [http://ec.europa.eu/education/opportunities/higher-education/study-mobility\\_ro.htm](http://ec.europa.eu/education/opportunities/higher-education/study-mobility_ro.htm).

<sup>10)</sup> Informațiile prezentate în tabel și în paragrafele următoare au fost preluate de pe adresa <http://www.mediafax.ro/social/peste-5-000-de-studenti-romani-au-beneficiat-de-burse-erasmus-cei-mai-multi-in-franta-12926434>.

Din calculele noastre, rezultă că bursierii români din cele patru țări luate în considerație reprezintă 54,89% din totalul studenților beneficiari ai programului Erasmus. Se observă că unitățile de învățământ superior din Franța ocupă un loc privilegiat în ansamblul destinațiilor de acest fel din Europa, aici studiind 37,07% din totalul de 5011 bursieri români aflați la studii în diverse țări ale continentului nostru. O pondere însemnată a studenților români se află în Italia (21,95%), iar un număr aproape egal de studenți se întâlnește în Germania și Spania.

Toate cele patru țări amintite beneficiază de o solidă tradiție universitară și de o dezvoltare economico-socială și culturală însemnată, care oferă studenților români nu numai cunoștințe înalte, competitive în domeniul de specialitate, ci și un sistem pragmatic de valori occidentale, un cadru civilizată de evoluție profesională și formare umană.

De reținut că, în anul 2012 - 2013, circa 270000 de studenți au beneficiat de burse puse la dispoziție de Uniunea Europeană, potrivit statisticilor elaborate de Comisia Europeană. Cele mai căutate universități au fost cele din Spania, Germania și Franța, iar studiul la o altă universitate s-a dovedit a fi cea mai agreată opțiune în anul de referință menționat. Dintre țările cu cel mai mare număr de studenți care au beneficiat de burse în străinătate (ca pondere din totalul populației cu nivel superior de instrucție) pe primele locuri se situează Luxemburg, Liechtenstein, Finlanda și Spania. Valoarea medie a bursei a fost, în anul universitar 2012-2013, de 272 euro, în creștere cu 9% față de anul anterior. Anumite țări au majorat bursele de studiu din diverse alte fonduri, astfel încât beneficiarii acestora să-și poată acoperi cheltuielile de călătorie, de locuit și de trai.

Sub aspect istoric, Programul Erasmus a luat ființă ca o componentă a Programului de învățare pe tot parcursul vieții, care s-a derulat în perioada 2007 - 2013, cu concursul a 33 de state, printre acestea figurând statele membre ale Uniunii Europene și Islanda, Liechtenstein, Norvegia Elveția și Turcia.

Noul program, Erasmus+, se desfășoară pe durata a șapte ani, începând cu ianuarie 2014 și până în anul 2020, fiind axat pe educație, tineret și sport, și având ca suport financiar un buget de circa 15 miliarde € (cu 40% mai mare decât cel alocat anterior, în intervalul 2007 - 2013). Se estimează ca acest buget va fi în măsură să acopere cheltuielile necesare pentru aproximativ 4 milioane de persoane, dintre care 2 milioane vor fi burse alocate studenților din instituțiile de învățământ superior, iar 300.000 sunt destinate celor angajați. Din același buget vor fi finanțate și 135.000 de schimburi de studenți și de persoane angajate care se vor derula pe axa Europa - țări partenere de pe diferite meridiane ale globului.

În programul extins (din care face parte, pe lângă programul Erasmus și alte probleme de mobilitate) sunt prevăzute fonduri care se adresează ucenicilor, persoanelor cu nevoi speciale (din anumite medii defavorizate), voluntarilor și altor grupuri social-umane.

Privind domeniul învățământului superior, Erasmus+ își dorește să sprijine anumite acțiuni principale care se referă la cooperarea cu țările care sunt partenere:

- „mobilitatea internațională a creditelor individuale și ale celor din cadrul programelor de masterat comune Erasmus Mundus (în cadrul acțiunii-cheie 1) pentru promovarea mobilității cursanților și a personalului care vin din sau în țările partenere;



- proiecte de consolidare a capacităților în învățământul superior (în cadrul acțiunii-cheie 2) pentru promovarea cooperării și a parteneriatelor care au un impact asupra modernizării și internaționalizării instituțiilor și asupra sistemelor de învățământ superior din țările partenere, cu un accent special asupra țărilor partenere vecine cu UE;
- sprijin pentru dialogul strategic (în cadrul acțiunii-cheie 3) prin rețeaua de experți în reformarea învățământului superior din țările partenere vecine cu UE, asociația internațională a absolvenților, dialogul strategic cu țările partenere și evenimente internaționale de atragere și de promovare;
- activitățile Jean Monnet cu scopul de a stimula în întreaga lume învățarea, cercetarea și reflecția în domeniul studiilor privind Uniunea Europeană<sup>11)</sup>.

Dosarul de candidatură trebuie să aibă următoarele documente: formularul de candidatură; CV format Europass cu fotografie, realizat în limba română; scrisoare de motivație în limba română; foaie matricolă parțială; pașaport lingvistic; în anumite situații se cere ca dovadă certificatul care să demonstreze nivelul de cunoaștere a limbii străine utilizate la universitatea respectivă.

## Studiu de caz:

### *Una vida tenemos, solo una de Erasmus !<sup>12)</sup>*

*O viață întreagă trăită și retrăită într-un singur semestru!*

*Dacă ar fi să descriu momentele de care am avut parte fiind plecată cu bursa Erasmus în străinătate, această frază cred că ar marca totul. Pentru a relata experiența frumoasă de care am avut parte, probabil aș începe cu o groază de poze ce ar desemna feeria de viață prin care am trecut, aș povesti foarte multe întâmplări pe care le-am savurat din plin, însă va fi inefficient, deoarece doar un alt student Erasmus va înțelege într-adevăr acele clipe. Astfel, pot ferm menționa faptul că pot să ne povestesc colegii despre experiențele lor, profesorii, dar până nu ajungi și tu în locul acestora nu ai cum să simți acel impuls și acea minunată experiență pe propria persoană. Anume din acest motiv, cu ocazia acestei relatări, am drept scop de a încuraja cât mai mulți studenți să profite de această oportunitate și de a merge cu bursa Erasmus. Până la urmă nu contează atât de mult orașul, țara unde vei ajunge, ci influența pe care o va avea asupra dezvoltării tale personale, dar și profesionale.*

*Sunt P.C., studentă la Facultatea de Drept și Științe Sociale din Craiova, anul III, specializarea Administrație Publică și am beneficiat de bursa Erasmus în anul academic 2014-2015, astfel am plecat în Spania, la Madrid, la Universitatea Autonomă de Madrid, Facultatea de Drept.*

*Pentru început aș vrea să menționez faptul că am avut parte de cea mai frumoasă perioadă a vieții mele. M-am bucurat de orice - și momente pline de*

<sup>11)</sup> Erasmus+, Ghidul programului, Versiunea 3 (2015): DD/MM/2014, p. 12.

<sup>12)</sup> Aceste informații au fost oferite de către P.C., studentă la Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova, care a studiat în cadrul Programului Erasmus.

emoții pozitive, călătorii, plimbări prin locurile noi ale Madridului, de mâncarea tradițională a Spaniei numită „la paella”, de care pur și simplu m-am îndrăgostit, dar și de momente mai puțin plăcute, însă foarte utile vieții de mai apoi. Unul dintre aceste momente au fost orele, seminariile la care nu aveam voie să lipsesc, temele, eseuri, dezbateri, o groază de activități care la prima vedere mi s-au părut foarte grele, însă din moment ce intri în ritmul vieții de student din străinătate, doar atunci începi să simți feeria momentului. O viață de student nu înseamnă doar cursuri, teme și examene, desigur am participat și la activitățile organizate de Organizația Erasmus Student Network Madrid, care este o echipă deosebită și care are grijă de a distra cât mai bine noii-veniți. La fel am avut ocazia unică de a mă afla în preajma unor persoane deosebite, și anume o groază de alți studenți din toate colțurile lumii precum Ecuador, Australia, Peru, SUA, Italia, Rusia, Ucraina, Argentina și Brazilia, de la care am învățat foarte multe lucruri frumoase. Am avut oportunitatea de a mă bucura de o mâncare tipică braziliană, o gustare franceză, dulciuri piperate din Ecuador și altele. Până la urmă am format toți o echipă, eram un tot întreg, la facultate, la distracții, prin oraș, chiar și în momentele mai grele, precum sesiunea. Orașul în care am stat, Madrid, este nemai-pomenit, chiar și acum după ce a trecut ceva timp de când m-am întors acasă îmi lipsește febra din centrul orașului, de multe ori când ajungeam să mă simt singură era nevoie doar de a merge în centru orașului și acesta era precum un leac pentru mine. Atâția oameni, turiști, studenți, localnici, toți sunt gata să te ajute în orice moment, să descopere lucruri interesante ce le poți povesti.

Profesorii de la Universitatea Autonomă de Madrid pun foarte mult accentul pe activitatea studentului, pe implicarea acestuia. Un student trebuie să se informeze, să pună întrebări, să fie interesat, să participe, să facă, să acționeze.

Vreau să remarc o profesoară care a rămas ca exemplu pentru mine, la seminariile căreia mă duceam cu cea mai mare dragoste, în pofida faptului că le aveam luni la ora 8 dimineața și pe lângă asta nu aveam voie să întârzii. Iubeam acele ore petrecute la clasele ei, deoarece mereu ne surprindea cu ceva nou, o activitate nouă, dacă într-o zi eram clasificați pe grupuri pentru a dezbate o anumită temă, în alta eram pe forum online organizat de ea pentru a ne da cu părerea și a da naștere unei noi schițe de legi. În una dintre zile chiar mergeam spre facultate și mă gândeam - oare ce vom face astăzi la cursul de teoria democrației?

Desigur, vreau să menționez și persoanele la care am stat cu chirie, că au devenit foarte apropiați și în momentul în care trebuia să mă întorc în România am primit o scrisoare pe care trebuia să o deschid și să o citesc deja acasă. Aceasta se sfârșea doar cu o frază pe care nu o voi uita niciodată - Te așteptăm cu brațele mereu deschise, cu drag „tu familia de Madrid”. Cred că anume atunci am plâns și nu puteam să îmi explic motivul, erau doar sentimente.

Despre Erasmus aș putea să mai vorbesc foarte mult, însă mesajul meu este altul - voi, tinerele generații, nu ezitați să vă bucurați de această minunată experiență, căci doar o singură dată sunteți studenți și un student înseamnă să fii activ, să te implici, să ajungi, să înțelegi ce înseamnă într-adevăr „o feerie de viață”, momente pur și simplu de nedescris !

# EFECTUL DIRECT ORIZONTAL AL DIRECTIVELOR - UN EFECT INDIRECT?

Lect. univ. dr. Anamaria GROZA  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova

## § Horizontal direct effect of directives - an indirect effect?

### Abstract:

*Direct effect denotes the ability of European law to determine rights and obligations in the legal patrimony of persons. The conditions for the application of the direct effect principle depend on the content of the norm. Basically, the norm must be precise and clear enough to be applied by the judge. Secondly, it is required that its application should not be subject to a subsequent measure, which might lead to adiscretionary power of either EU institutions or Member States, or both. The Court of Justice of the European Union has been flexible in interpreting these conditions, so that at present, direct effect is a feature of most of European law sources. Directives are the last bastion. However, the European Court of Justice has created several remedies leading to indirect legal effects of directives in the relations between individuals.*

**Keywords:** direct effect, regulations, directives, European Court of Justice.

### Introducere

Directivele au reprezentat inițial categoria actelor de drept derivat care, prin natura lor, nu produceau efecte directe. Directivele au fost percepute ca instrument de armonizare a legislației; expresie a competențelor concurente și bine adaptabile principiilor subsidiarității și proporționalității. Acte juridice incomplete, directivele obligă doar statele membre cu privire la rezultatul ce trebuie atins (art. 288 TFUE). Statele au libertatea de a alege forma și mijloacele prin care ating acest rezultat. Însuși caracterul lor incomplet pare să excludă *a priori* efectul direct. Doar că între textul Tratatului și caracteristicile concrete ale multor directive este o diferență mare, care pare să o reia pe cea dintre concepția literală sau formalistă și cea

materială sau funcțională. Directivele au devenit tot mai detaliate și precise, „un «alter ego» al regulamentului”<sup>13)</sup>, iar marja de apreciere a statelor s-a redus. Prin urmare, efectul direct nu ar mai putea fi exclus de specificul directivei; deși obligația de transpunere continuă să existe, iar principiul securității juridice s-ar acomoda mult mai bine exclusiv cu regulile clasice: directivele produc efecte juridice în ordinele juridice ale statelor membre prin intermediul legislației de transpunere și au un efect direct vertical, în cazul în care statul nu le-a transpus sau le-a transpus incorect. Dar justiții trebuie să analizeze realitatea concretă. Uneori directivele nu produc efect orizontal, pentru simplul motiv că ... sunt directive!

Efectul direct diferențiat pe care îl produc normele de drept european este cel mai adesea explicat prin comparația regulamente-directive. Regulamentele sunt acte obligatorii în întregime, cu aplicabilitate generală și complete din punct de vedere al structurii juridice. Instrument de uniformizare legislativă, regulamentele sunt direct aplicabile statelor membre și persoanelor fizice și juridice din momentul intrării în vigoare, fără a fi necesară ratificarea lor. Spre deosebire de regulamente, directivele nu sunt adresate persoanelor, ci statelor membre, și tot spre deosebire de regulamente, tratatele europene nu prevăd că acestea se aplică direct. Teama eliminării diferenței de regim juridic între regulamente și directive și, în consecință, o extindere a intervenției comunitare în domeniile în care tratatele reglementaseră adoptarea de directive, precum și principiul securității juridice<sup>14)</sup> au jucat un rol important în refuzul de a recunoaște efectul lor direct. Alte motive au fost structura juridică incompletă a directivelor și faptul că acestea erau notificate statelor destinate, iar nu publicate. La polul opus, susținătorii efectului direct au invocat caracterul obligatoriu al directivelor, ca izvor al dreptului Uniunii; principiul efectului util al dreptului european format în mare parte din directive, precum și posibilitatea ca directivele să formeze obiect al trimerilor preliminare. Aceste argumente au prevalat în cele din urmă. Deși a admis efectul direct vertical al directivelor, Curtea de Justiție a exclus constant efectul lor orizontal (A). Pusă în fața limitelor acestei jurisprudențe, instanța europeană a implementat mai multe remedii, care conduc tocmai la efecte juridice indirecte ale directivelor în raporturile dintre particulari (B).

## § A. Directivele nu produc efect direct orizontal

Curtea Europeană de Justiție a admis efectul direct vertical al directivelor, începând cu hotărârea *Van Duyn*<sup>15)</sup> și continuând cu hotărârile *Rutil*<sup>16)</sup>, *Ratti*<sup>17)</sup>, *Felicitas*<sup>18)</sup>, *Becker*<sup>19)</sup>, *Clin Midy*<sup>20)</sup> etc. Efectul direct vertical presupune că persoanele particulare pot invoca dispoziții suficient de clare și precise din directive împotriva

<sup>13)</sup> A. Fuerea, *Drept comunitar european. Partea generală*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 112.

<sup>14)</sup> Directivele lasă la latitudinea statelor forma și mijloacele de implementare.

<sup>15)</sup> Cauza 41/74, hotărârea din 4 decembrie 1974.

<sup>16)</sup> Cauza 36/75, hotărârea din 28 octombrie 1979.

<sup>17)</sup> Cauza 148/78, hotărârea din 5 aprilie 1979.

<sup>18)</sup> Cauza 270/81, hotărârea din 15 iulie 1982.

<sup>19)</sup> Cauza 8/81, hotărârea din 19 ianuarie 1982.

<sup>20)</sup> Cauza 301/82, hotărârea din 26 ianuarie 1984.

statului. Acest efect se produce doar la finalul perioadei de transpunere a directivei respective și în cazurile în care transpunerea nu s-a realizat sau s-a realizat incorect. În celelalte cazuri, instanțele naționale aplică normele interne de transpunere a directivelor. În consecință, efectul direct al directivelor este condiționat nu doar sub aspectul subiecților de drept între care poate fi invocat, ci și sub aspect temporal și material.

### **1. Este judecătorul, în mod real, în măsură să aprecieze corectitudinea transpunerii directivelor?**

Este interesant de observat că judecătorul național este chemat să analizeze corectitudinea transpunerii directivelor, care se realizează de regulă de către puterea legislativă, și să remedieze o transpunere incorectă. Este judecătorul în măsură să efectueze o asemenea apreciere, care presupune un proces complex ce implică nu doar informații și cunoștințe juridice, ci o gamă mult mai variată de informații? Statele membre au libertatea de a alege mijloacele și forma actelor de transpunere, în funcție de specificul național. Care este însă „specificul” național? Specificul național nu poate fi doar unul juridic. Cum cunoaște judecătorul specificul național într-un anumit domeniu? Este foarte posibil ca, verificând corectitudinea transpunerii, judecătorul să ignore sau să treacă în subsidiar specificul național pentru că, din considerente de complexitate și specialitate, nu îl cunoaște. În acest caz, analiza sa va presupune o comparare juridică între textul și finalitatea directivei, pe de o parte, și norma internă, pe de altă parte. Tot o analiză preponderent juridică și chiar mai puțin „respectuoasă” față de specificul național va opera și CJUE, sesizată pe cale preliminară într-o astfel de chestiune. Ideea nu este de a repune în discuție această prerogativă a judecătorului național sau european și cu atât mai puțin de a descuraja trimiterile preliminare, ci de a arăta limitele pe care tipologia directivei le întâlnește inevitabil în activitatea practică.

Curtea de Justiție a oferit câteva criterii care sunt utile în aprecierea procesului de transpunere. Aceasta a decis că transpunerea unei directive nu necesită obligatoriu reluarea formală și textuală a dispozițiilor sale într-o normă legală expresă și specifică; putând fi suficientă existența unui context juridic general, dacă acesta asigură în mod efectiv aplicarea deplină a directivei într-un mod suficient de clar și precis, iar particularii pot să își cunoască în întregime drepturile și să se prevaleze de acestea<sup>21)</sup>. Acte administrative cu caracter general, publicate și determinând drepturi și obligații pentru particulari echivalează cu o transpunere adecvată. Simpla trimitere la dreptul Uniunii operată de legislația națională, adoptarea unui act care ar putea fi modificat de puterea executivă sau invocarea unei practici administrative<sup>22)</sup> nu constituie modalități de transpunere admise de dreptul european.

### **2. Soluțiile teoretice posibile**

*În cazul în care instanța de judecată concluzionează că o directivă a fost*

<sup>21)</sup> Comisia/RFG, cauza C-96/95, hotărârea din 20 martie 1997.

<sup>22)</sup> Comisia/Olanda, cauza C-339/87, hotărârea din 15 martie 1990.

transpusă în mod incorect, judecătorul are în față două categorii de norme: directiva și legea de transpunere. Între cele două categorii de norme poate exista sau nu contradicție<sup>23)</sup>. Pasul următor este, în opinia noastră, aplicarea testului preciziei și necondiționalității directivei, pentru a se ști dacă aceasta produce efect direct vertical. Nimic nu exclude și interpretarea conformă, dacă norma de transpunere o permite. Nu toate directivele sunt însă apte să producă efect direct vertical, iar litigiul poate avea natură privată. În acest caz, judecătorul mai are la dispoziție interpretarea conformă; iar dacă nici aceasta nu este posibilă, lucrurile se complică. Directiva nu ar putea fi aplicată pe temeiul supremației, deoarece nu are efect direct. Lipsită de precizie și condiționată, ea este inaplicabilă judiciar. În funcție de împrejurările cauzei, valorificând totuși principiul supremației și obligația de cooperare loială, judecătorul ar putea lăsa neaplicate prevederile naționale contrare directivei. În concret, lucrurile vor fi mult mai complicate.

## § B. Totuși, directivele pot crea drepturi și obligații în privința persoanelor private

Până în prezent, CJUE nu a admis efectul direct orizontal al directivelor. Pentru consecvența Curții, stau măturie hotărârile *Marshall*<sup>24)</sup>, *Fratelli Costanzo*<sup>25)</sup>, *Faccini Dori*<sup>26)</sup>, *El Corte Inglés*<sup>27)</sup>, *Pfeiffer*<sup>28)</sup>, *Dominguez*<sup>29)</sup> etc. Deși absența efectului direct orizontal poate fi susținută cu argumente teoretice valide, nu este mai puțin adevărat că nerecunoașterea acestui efect în raporturile între particulari poate crea situații injuste, ce pot fi, într-adevăr, remediate, însă cu întârziere și costuri financiare. Într-un efort considerabil de a atenua carențele evidente pe care lipsa efectului direct orizontal le determină, Curtea Europeană de Justiție a instituit cerințe și mecanisme judiciare noi. Creație a judecătorului Uniunii, aceste instituții adaugă la sarcina judecătorului național un plus considerabil de dificultate, fără să garanteze rezultate certe.

### 1. Noțiunea de „stat”

În primul rând, CJUE a interpretat extensiv noțiunea de stat. În *Foster*, hotărârea sa de referință, Curtea a stabilit că „prevederile necondiționate și suficient de precise ale unei directive pot fi invocate de către justițiabili împotriva organismelor sau entităților supuse autorității sau controlului statului sau care dispuneau de competențe speciale depășind pe cele care decurg din regulile obișnuite aplicabile

<sup>23)</sup> De exemplu, norma națională nu este contrară directivei, dar nici nu asigură finalitatea acesteia.

<sup>24)</sup> Cauza 152/84, hotărârea din 26 februarie 1986.

<sup>25)</sup> Cauza 103/88, hotărârea din 22 iunie 1989.

<sup>26)</sup> Cauza 91/92, hotărârea din 14 iulie 1994.

<sup>27)</sup> C192/94, hotărârea din 7 martie 1996.

<sup>28)</sup> Cauzele C397/01-C403/01, hotărârea din 5 octombrie 2004.

<sup>29)</sup> Cauza C282/10, hotărârea din 24 ianuarie 2012.

în raporturile între persoanele private”<sup>30)</sup>. Definiția, fiind una funcțională, materială, a permis includerea entităților private abilitate să exercite misiuni publice. În *Marshall*<sup>31)</sup>, Curtea de Justiție a admis efectul direct vertical nu doar în raport cu autoritățile statului ca exponente ale puterii publice, ci și în raport cu autoritățile publice ca angajator. Prin urmare, directivele produc efect direct în privința statului indiferent dacă acționează ca putere publică sau în domeniul privat.

## 2. Interpretarea conformă

În al doilea rând, Curtea Europeană a insistat asupra obligației generale a judecătorilor naționali de a interpreta întregul drept intern, indiferent dacă a fost adoptat anterior sau ulterior implementării unei directive și chiar dacă nu a fost edictat în scopul transpunerii directivei sau nu prezintă o legătură specifică cu aceasta, în conformitate cu litera și finalitatea directivei<sup>32)</sup>. Obligația este cunoscută sub denumirea de *principiul interpretării conforme sau armonioase*<sup>33)</sup>, iar judecătorii sunt chemați să folosească metodele și principiile de interpretare recunoscute în dreptul național. Acest principiu devine operabil doar după ce a expirat termenul de transpunere a directivelor. Ca o continuare firească a obligației statului de a se abține, pe durata transpunerii, de la măsuri care ar putea compromite grav directiva în curs de transpunere, enunțată în *Inter-Environnement Wallonie*<sup>34)</sup>, „instanțele statelor membre trebuie să se abțină, pe cât posibil, de la interpretarea dreptului intern într-un mod care ar putea compromite grav, după expirarea termenului de transpunere, atingerea obiectivelor urmărite de directiva respectivă”<sup>35)</sup>. Obligația de abținere de la o anumită interpretare care ar conduce la un anumit rezultat nu echivalează cu opțiunea spre un alt tip de interpretare, dacă nu identică, cel puțin apropiată de interpretarea conformă?

Interpretarea conformă se aplică în toate situațiile: directiva nu a fost transpusă, directiva a fost incorect transpusă, directiva poate genera sau nu generează efect direct, litigiul este de drept privat sau de drept public. În doctrină, interpretarea conformă a fost considerată un efect orizontal *indirect* al directivelor. Consecința faptului că judecătorul național își interpretează propriul drept în acord cu directiva conduce la aplicarea directivei pe fond, însă sub forma normei naționale interpretate armonios cu aceasta. Consecința poate fi o modificare a situației juridice a părților și a soluției finale a litigiului. Un exemplu în acest sens este hotărârea *Océano*<sup>36)</sup>. Mai multe persoane fizice au încheiat cu două societăți editoriale contracte privind

<sup>30)</sup> Cauza C-188/89, hotărârea din 12 iulie 1990, pct. 18.

<sup>31)</sup> Cauza 152/84, hotărârea din 26 februarie 1986.

<sup>32)</sup> Hotărârea de referință rămâne *Von Colson*, cauza 14/83, hotărârea din 10 aprilie 1984. Trebuie precizat că obligația interpretării conforme este una generală, care nu privește doar directivele. Judecătorul național este ținut să interpreteze dreptul național în lumina dispozițiilor dreptului Uniunii, ca o consecință a supremației acestui sistem juridic.

<sup>33)</sup> Vom folosi denumirea de interpretare conformă. Alegerea este motivată de continuitatea cu publicațiile noastre anterioare și cu terminologia folosită în doctrina românească.

<sup>34)</sup> C-129/96, hotărârea din 18 decembrie 1997.

<sup>35)</sup> Adeneler, cauza C-212/04, hotărârea din 4 iulie 2006.

<sup>36)</sup> Cauzele conexe C-240-244//98, hotărârea din 27 iunie 2000.

cumpărarea unor enciclopedii. În aceste contracte, s-a prevăzut competența exclusivă, în caz de litigiu între părțile contractante, a instanței de la sediul profesionistului. Contractele au fost încheiate mai înainte de transpunerea directivei 93/13/CEE și chiar litigiile pe fond au început cu puțin înainte de intrarea în vigoare a legii de transpunere. În virtutea principiului neretroactivității, litigiul trebuia soluționat prin aplicarea normelor materiale în vigoare la data încheierii contractelor. După ce și-a prezentat raționamentul potrivit căruia clauza atributivă de competență era abuzivă, Curtea Europeană de Justiție i-a indicat judecătorului național să interpreteze, în măsura posibilului, dreptul național în lumina directivei, dat fiind că faptele erau posterioare adoptării directivei. „Exigența interpretării conforme cere, în special, ca judecătorul național să privilegieze interpretarea care i-ar permite să respingă din oficiu competența care ar fi fost stabilită în privința sa printr-o clauză abuzivă”<sup>37)</sup>. Interpretarea conformă a produs aceleași efecte concrete, pe care efectul direct orizontal al Directivei 93/13/CEE le-ar fi determinat cu privire la competență.

Interpretarea conformă nu este însă o obligație absolută a judecătorului; însă nu putem spune nici că este o obligație de diligență sau de mijloace, deoarece atunci când dreptul național îi acordă o marjă de apreciere, judecătorul trebuie să interpreteze legislația țării sale în lumina directivei, pentru a atinge, prin soluția sa, finalitatea directivei. Instanțele din statele membre sunt obligate să interpreteze dreptul național în lumina textului și a finalității directivei „în măsura posibilului”<sup>38)</sup>, ceea ce exclude interpretarea *contra legem*. În consecință, „formularea clară și lipsită de ambiguitate a unei dispoziții naționale constituie o limită absolută a interpretării sale”<sup>39)</sup>.

### 3. Drepturi și obligații pentru particulari

Interpretarea conformă nu poate determina retroactivitatea unei norme penale și, pe cale de consecință, angajarea răspunderii penale. Este permisă interpretarea conformă atunci când poate conduce la alte forme de răspundere juridică? Centrosteeel, societate comercială cu sediul în Italia, și Adipol, societate comercială cu sediul în Austria, au încheiat un contract de intermediere, în baza căruia Centrosteeel a cerut obligarea Adipol la plata unor sume de bani, în fața instanțelor italiene<sup>40)</sup>. Adipol a invocat nulitatea contractului, pe motiv că Centrosteeel nu era înscrisă în registrul agenților și reprezentanților comerciali. Această înregistrare era prevăzută de dreptul italian, sub sancțiunea interzicerii persoanelor neînscrise să exercite activitatea de agent sau reprezentant de comerț. Instanțele italiene au decis că regula avea caracter imperativ, iar contractele încheiate cu nerespectarea sa erau nule. Anterior, Curtea de Justiție constatare că Directiva 86/653/CEE se opunea subordonării validității unui contract de intermediere înscrierii agentului de comerț în registrul respectiv<sup>41)</sup>. Dat fiind că directiva urmărea armonizarea completă a materiei, norma națională se afla

<sup>37)</sup> Océano, pct. 32.

<sup>38)</sup> Marleasing, cauza C-106/89, hotărârea din 13 noiembrie 1990.

<sup>39)</sup> R. Schütze, *Dreptul constituțional al Uniunii Europene*, Ed. Universitară, București, 2012, p. 331.

<sup>40)</sup> C-456/98, hotărârea din 13 iulie 2000.

<sup>41)</sup> Bellone, cauza C-215/97, hotărârea din 30 aprilie 1998.



în conflict cu aceasta. Curtea de Justiție a recomandat judecătorului național să apeleze la principiul interpretării conforme și a indicat că instanța supremă își schimbase deja jurisprudența după hotărârea *Bellone* în sensul că nerespectarea obligației de înscriere nu mai antrena nulitatea contractului de intermediere. În timp ce aplicarea dreptului național ar fi determinat nulitatea contractului și o desființare retroactivă a acestuia, interpretarea conformă conduce la menținerea contractului și posibilitatea angajării răspunderii juridice în temeiul său. Diferența de rezultate este elocventă pentru impactul interpretării conforme. Deși este posibil ca Centrosteeel să fi dispus de un alt temei de drept pentru a-și valorifica pretențiile în cazul în care contractul ar fi fost anulat, situația juridică a celor două părți s-a modificat esențial.

În al treilea rând, Directiva 83/189/CEE și principiul nediscriminării au deschis noi incursiuni în spațiul efectului direct orizontal, interzis directivelor. Este vorba de liniile de jurisprudență *CIA Security International* și *Unilever*, pe de o parte, respectiv *Mangold* și *Küçükdeveci*, pe de altă parte.

Între *CIA Security International*, pe de o parte, și *Signalson* și *Securitel*, pe de altă parte, a avut loc un litigiu legat inițial de dreptul concurenței. *CIA Security International* a solicitat tribunalului comercial din Liège obligarea celor două societăți să înceteze anumite practici nelocale, iar acestea din urmă au cerut pe cale reconvențională interzicerea activității *CIA Security International* deoarece nu era autorizată și comercializa un sistem de alarmă care nu îndeplinea condițiile prevăzute de legislația belgiană în materie de sisteme de securitate. Instanța, constatând că reglementarea invocată de *Signalson* și *Securitel* privind sistemul de alarmă nu fusese notificată Comisiei Europene și având îndoieli privind compatibilitatea sa cu libera circulație a mărfurilor, a întrebat CJUE dacă Directiva 83/189/CEE putea fi invocată de către persoane private și dacă avea obligația să lase neaplicată prevederea națională care nu fusese comunicată Comisiei, cu încălcarea directivei. După ce a stabilit că dispoziția națională privind sistemul de securitate era o reglementare tehnică, supusă notificării, Curtea a subliniat importanța directivei pentru libera circulație a mărfurilor și a liberei circulații a mărfurilor pentru Uniunea Europeană în ansamblu. Totodată, aceasta a reamintit că în toate cazurile în care dispozițiile unei directive sunt, din punctul de vedere al conținutului lor, necondiționate și suficient de precise, pot fi invocate împotriva oricărei dispoziții naționale neconforme directivei. Concluzia a fost că neîndeplinirea de către statele membre a obligației de notificare constituie un *viciu de procedură* în adoptarea reglementărilor tehnice naționale și determină inaplicabilitatea acestora. Prin urmare, aceste reglementări nu pot fi opuse particularilor. În final, se pare că mai curând existența viciului de procedură și mai puțin supremația au condus la neaplicarea normei naționale. Din acest punct de vedere, hotărârea determină incertitudine deoarece viciul de procedură nu a fost stabilit în baza unei reguli general valabile, cum ar fi fost, de pildă, supremația dreptului Uniunii. Oricând pot fi găsite alte directive la fel de importante precum Directiva 83/189/CEE. Nerespectarea lor de către state va determina, de asemenea, inaplicabilitatea normelor naționale în privința particularilor? Pe de altă parte, directiva a produs efecte concrete în privința particularilor: *CIA Security International* a câștigat un drept, acela de a comercializa sistemul de securitate care nu corespundea legislației naționale.

Același raționament a fost aplicat în *Unilever*<sup>42)</sup>. Unilever a vândut o cantitate de ulei de măsline către Central Food, fără a eticheta marfa conform legii interne. Central Food a refuzat să plătească prețul și a cerut Unilever ridicarea mărfii. Vânzătorul a acționat în judecată cumpărătorul pentru plata prețului, invocând, printre altele, jurisprudența CIA Security International. Italia adoptase legea în litigiu privind etichetarea uleiului de măsline, care impunea ca mențiunile „produs” sau „fabricat” în Italia să se aplice doar dacă întregul ciclu de recoltare, producție și fabricare s-a produs în acest stat, deși Comisia Europeană îi ceruse să se abțină de la această acțiune, deoarece urma să fie promovată o reglementare comunitară în materie. CJUE a confirmat jurisprudența CIA Security International, arătând că legea națională era afectată de un viciu de procedură substanțial de natură să determine inaplicabilitatea sa. Hotărârea se încheie cu două paragrafe extrem de interesante: „Chiar dacă este adevărat, astfel cum au arătat guvernele italian și danez, că o directivă nu poate prin ea însăși să creeze obligații în sarcina particularilor și nu poate deci să fie invocată ca atare împotriva unui particular (a se vedea hotărârea din 14 iulie 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, pct. 20), această jurisprudență nu se aplică într-o situație în care nerespectarea articolului 8 sau a articolului 9 al Directivei 83/189 care constituie un viciu de procedură substanțial antrenează neaplicarea regulii tehnice adoptată cu încălcarea acestor articole. Într-o asemenea situație și contrar ipotezei netranspunerii directivelor reglementată de jurisprudența evocată de cele două guverne, Directiva 83/189 nu definește niciunde conținutul material al regulii de drept pe baza căreia judecătorul național trebuie să soluționeze litigiul pendinte în fața lui. Ea nu creează nici drepturi, nici obligații pentru particulari»<sup>43)</sup>. Curtea spune destul de clar la pct. 50 din hotărâre că absența efectului orizontal nu se aplică în cazul unui viciu substanțial de procedură. Într-adevăr, directiva nu creează drepturi și obligații pentru persoanele private, dar conduce la neaplicarea normei naționale care a fost adoptată cu nerespectarea sa și care este astfel afectată de un viciu substanțial de procedură. În final, Unilever dobândește dreptul de a vinde ulei de măsline neetichetat conform legii interne, iar Central Food are obligația de a plăti acest ulei.

În 2003, dl Mangold, în vârstă de 56 de ani, a încheiat un contract cu dl Helm, pe perioadă determinată, pentru a exercita profesia de avocat<sup>44)</sup>. Contractul a fost încheiat pe durată determinată, deoarece legea germană prevedea această posibilitate în cazul persoanelor de peste 52 de ani. Dl Mangold a contestat în instanță contractul, apreciind că dispozițiile referitoare la durată, deși valabile sub aspectul legislației naționale, erau totuși incompatibile, printre altele, cu Directiva 2000/78. Sesizată cu această problemă, Curtea Europeană de Justiție a stabilit că legislația germană, astfel cum fusese aplicată de autorități și angajatori, condusesese *de facto* la angajarea lucrătorilor cu vârsta de peste 52 de ani doar pe perioadă determinată, indiferent dacă aceștia se aflau sau nu în șomaj, independent de structura pieței și alte considerații legate de persoana lucrătorului, până la atingerea vârstei de pensionare, fapt care aducea atingere gravă stabilității în muncă și protecției sociale a acestora.

<sup>42)</sup> C-443/98, hotărârea din 26 septembrie 2000.

<sup>43)</sup> Pct. 50, 51.

<sup>44)</sup> Cauza C-144/04, hotărârea din 2 noiembrie 2005.

Curtea nu a găsit că respectiva legislație ar fi fost necesară în mod obiectiv pentru inserția profesională a lucrătorilor vârstnici și oricum era disproporționată față de obiectivul urmărit. La data încheierii contractului de muncă al dlui Mangold, termenul pentru transpunerea Directivei 2000/78 nu expirase. Legea internă fusese adoptată după intrarea în vigoare a directivei și urma să iasă din vigoare la puțin timp după încheierea termenului de transpunere. Totuși, o altă lege care autoriza contractele de muncă pe perioadă determinată după vârsta de 58 de ani continua să-și producă efectele și după această dată. Instanța europeană a arătat că Directiva 2000/78 nu consacră ea însăși principiul egalității de tratament în materie de angajare și condiții de muncă, ci acest principiu se regăsește în tratate internaționale și tradițiile constituționale comune ale statelor membre. Principiul nediscriminării pe motiv de vârstă trebuie considerat un principiu general al dreptului Uniunii, iar Directiva 2000/78 doar asigură punerea sa în aplicare. Prin urmare, respectarea principiului nu putea depinde de expirarea termenului de transpunere a directivei. Judecătorul național trebuia să asigure protecția juridică care decurge pentru justițiabili din principiul nediscriminării pe motiv de vârstă și să lase neaplicate dispoziții naționale contrare. Aici i-am putea cita pe profesorii Craig și de Búrca: „în prezent, realitatea este aceea că insecuritatea juridică în ceea ce privește eficiența și aplicarea unei directive neimplementate - și, în mod corespunzător, validitatea dreptului național contrar - este în orice situație extrem de ridicată”.

# MODALITĂȚI DE A ADUCE ATINGERE PATRIMONIULUI INCRIMINATE DE NOUA LEGE PENALĂ - ASPECTE DE STABILITATE ȘI DE REFORMĂ -

Lect. univ. dr. *Camelia Raluca VOINEA\**  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova

## § Ways to affect the new criminal law criminalized heritage - stability and reform issues -

### Abstract:

*In this paper, we propose an analysis of offenses against property covered by the new criminal law by which to point out issues that have been preserved from the old regulation, highlighting the stability in this area, as well as issues that have been enhanced or modified by the new criminal legislation. We also consider emphasizing some aspect that generates controversy and determining the situations in which an act against property is not a crime.*

**Keywords:** heritage, social values, offense, sanction, consent.

### 1. Noțiunea de patrimoniu sub aspect penal

Pentru că în această lucrare vom analiza modalitățile prin care se aduce atingere patrimoniului, punctul de plecare al cercetării considerăm că trebuie să fie clarificarea noțiunii de patrimoniu.

„Pentru respectarea principiului unității sistemului juridic, noțiunea de patrimoniu în dreptul penal, ca valoare socială și obiect de ocrotire penală, ar trebui să aibă același înțeles ca în dreptul civil; restrângerea sau extinderea înțelesului noțiunii de *patrimoniu* putând avea loc numai atunci când legea penală prevede o derogare de la sensul obișnuit sau când derogarea ar rezulta implicit din natura faptei incriminate”<sup>1)</sup>. Noțiune specifică dreptului civil, *patrimoniul* este definit

\* email: rrr\_ro2002@yahoo.com.

<sup>1)</sup> G. Antoniu, coord., *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 281.

ca fiind o universalitate de drept constituită din totalitatea drepturilor subiective și obligațiilor pe care le are o persoană fizică sau juridică și care au o valoare economică, adică pot fi evaluabile în bani<sup>2)</sup>. Patrimoniul este un concept juridic care exprimă ansamblul de drepturi și obligații ale unei persoane ca o universalitate, ca o totalitate independentă de bunuri pe care le cuprinde la un moment dat patrimoniul. Din cuprinsul patrimoniului fac parte bunurile corporale și incorporale, bunurile consumptibile ori fungibile, mobile sau imobile, principale ori accesorii, adică tot ce reprezintă puteri, facultăți, aptitudini ale subiectului privite din punct de vedere al valorii lor economice și al raporturilor care se nasc din exercițiul acestor puteri, facultăți, aptitudini<sup>3)</sup>.

Ca valoare socială ocrotită de legea penală, noțiunea de „patrimoniul” nu are același înțeles ca și în dreptul civil. În dreptul penal, noțiunea de patrimoniu în legătură cu infracțiunile care se pot comite împotriva acestuia are un înțeles mai restrâns și se referă la bunuri nu ca universalitate, ci în individualitatea lor susceptibilă de a fi apropiate de făptuitor prin mijloace frauduloase. Infracțiunea nu ar putea fi săvârșită împotriva patrimoniului ca universalitate de bunuri, pentru că patrimoniul va exista întotdeauna, iar prin mijloacele frauduloase prin care subiectul activ intervine, bunul dispăre din patrimoniu<sup>4)</sup>.

Legea penală apără fiecare bun care aparține unui patrimoniu, asigură menținerea bunurilor în starea în care se aflau până la intervenția ilicită a făptuitorului, deoarece orice modificare a lor prin fapte ilicite duce la o imposibilă sau dificilă ocrotire reală a acestora. Atâta vreme cât un bun își păstrează situația de fapt, stabilită și cunoscută de cei interesați, cei care ar pretinde că au vreun drept asupra acelui bun și-l vor putea valorifica în mod real, dar dacă bunul și-a pierdut situația de fapt (a fost sustras, însușit, distrus, ascuns), orice valorificare a dreptului devine nerealizabilă. Așadar, schimbarea pe căi ilicite a situației entităților patrimoniale constituie specificul infracțiunilor contra patrimoniului.

În incriminările privind faptele care aduc atingere patrimoniului, legea penală are în vedere acțiunea ilicită a făptuitorului, iar nu poziția juridică a victimei, ceea ce înseamnă că infractorul trebuie să justifice că avea dreptul să săvârșească fapta pe care legea penală o prevede ca infracțiune. Victima nu este ținută să dovedească faptul că ar fi proprietar sau că ar poseda legitim ori că ar avea alte drepturi asupra bunului care i-a fost sustras, însușit sau distrus prin săvârșirea infracțiunii<sup>5)</sup>. Din acest punct de vedere rezultă anumite consecințe: chiar proprietarul bunului poate fi făptuitor, chiar hoțul poate fi apărut penal dacă asupra unui bun pe care îl deținea s-a acționat ilicit.

<sup>2)</sup> Gh. Beleiu, *Drept civil român - Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a VII-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 95.

<sup>3)</sup> M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. Cartea Românească, București, 1921, p. 36-37.

<sup>4)</sup> Gh. Nistoreanu, V. Dobrinoiu, Al. Boroii, I. Pascu, I. Molnar, V. Lazăr, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Europa Nova, București, 1997, p. 193.

<sup>5)</sup> V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, V. Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială*, vol. III, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 2002, p. 420.

## 2. Modalitățile prin care se aduce atingere patrimoniului

În cele ce urmează vom studia modalitățile concrete prin care se aduce atingere patrimoniului și care pot să devină infracțiuni. În consecință, prin modalități nu ne referim la infracțiunile prevăzute în noul Cod penal, ci mai degrabă avem în vedere elementul material al acestor infracțiuni, fapta prevăzută penal.

Modalitățile prin care se aduce atingere patrimoniului sunt variate și cuprind acțiunea sau inacțiunea incriminată de legea penală, precum și cerințe esențiale care întregesc elementul material.

Noul Cod penal face referire la 27 de fapte distincte prin care se poate aduce atingere patrimoniului: 16 fapte sunt preluate din vechea reglementare, cu modificări sau completări mai mult sau mai puțin esențiale, 4 fapte sunt preluate din legi speciale și reglementate ca infracțiuni în Noul Cod penal, 4 fapte sunt nou-introduse în reglementările actuale, 3 fapte care aduc atingere patrimoniului în mod indirect, fiind îndreptate în principal împotriva altor valori sociale ocrotite de legea penală.

Modalitatea prin care se aduce atingere unui bun din patrimoniul unei persoane poate fi definită ca o acțiune sau inacțiune ilicită, socialmente periculoasă, prin care se modifică starea reală firească a unui bun, acesta ieșind din sfera de ocrotire a titularului său (proprietar, posesor, detentor).

Analizând infracțiunile incriminate în noua lege penală, vom stabili modalități concrete de atingere a bunurilor din patrimoniul unei persoane.

*1. Luarea unui bun mobil din posesia sau detenția altuia, fără consimțământul acestuia, în scopul de a și-l însuși pe nedrept sau în scopul de a-l folosi pe nedrept.*

Prin acțiunea de luare se realizează sustragerea bunului, și are drept consecință modificarea situației de fapt a bunului în sensul că acesta trece din sfera de stăpânire a părții vătămate în sfera de stăpânire a făptuitorului. Luarea presupune, așadar, două acte succesive: primul constă în deposedarea persoanei care deține bunul (bunul iese din sfera de stăpânire a acesteia), iar cel de-al doilea este reprezentat de imposedare (trecerea bunului în sfera de stăpânire a făptuitorului). Luarea bunului se poate realiza prin mai multe modalități, ridicarea lui, deplasarea, ascunderea acestuia sau chiar prin lăsarea lui în locul în care se găsește.

Spuneam anterior că pentru a fi o modalitate de atingere ilicită a unui bun, pe lângă acțiune sau inacțiune, trebuie verificate și anumite condiții esențiale care conduc către aspectul ilicit al faptei. Astfel, acțiunea de luare devine modalitate de atingere a unui bun din patrimoniul unei persoane doar dacă sunt îndeplinite și niște condiții speciale:

a) să nu existe consimțământul persoanei la care bunul se afla legal. Este vorba despre consimțământul cu privire la acțiunea de luare a bunului. Adică, bunul să fie luat împotriva voinței celui care îl deține în mod legal. Consimțământul trebuie verificat la momentul luării bunului, iar nu ulterior luării, când poate cel ce deține legal bunul devine de acord cu luarea acestuia. Luarea unui bun din posesia sau detenția altuia, cu consimțământul acestuia, nu mai este o modalitate prin care se aduce atingere patrimoniului.

b) scopul acțiunii de luare să fie însușirea pe nedrept a bunului. Indiferent de bunul sustras, pentru ca sustragerea să fie o modalitate de atingere a patrimoniului

trebuie să se facă cu un scop anume, acela de însușire pe nedrept a bunului. Dacă acest scop nu se verifică, iar luarea bunului se face cu un alt scop, acțiunea de luare nu mai este o modalitate de atingere a patrimoniului.

c) o alternativă la scopul prezentat anterior este ca scopul acțiunii de luare să fie folosirea pe nedrept a bunului. În această situație, acțiunea de luare devine modalitate de atingere a patrimoniului doar dacă se referă la un bun vehicul sau terminal de comunicații. Orice altă luare a altui bun în scop de folosire pe nedrept nu reprezintă modalitate de atingere a patrimoniului.

Așadar, pentru ca acțiunea de luare să reprezinte modalitate de atingere a bunurilor din patrimoniul unei persoane, trebuie să îndeplinească condiția lipsei consimțământului și a existenței scopului.

Atunci când o astfel de acțiune îndeplinește și cerințele legii privind forma de inovăție și nu intervin alte cauze de neimputabilitate sau de justificare a faptei, putem vorbi de o infracțiune de furt sau de furt în scop de folosință. De asemenea, dacă furtul se realizează în anumite situații prevăzute de lege sau cu privire la anumite bunuri prevăzute expres de lege, putem vorbi de infracțiunea de furt calificat.

Dar specific acestor infracțiuni este modalitatea prin care ele se realizează, respectiv luarea unui bun mobil din posesia sau detenția altuia, fără consimțământul acestuia, în scopul de a și-l însuși pe nedrept sau în scopul de a-l folosi pe nedrept, modalitate prin care se aduce atingere unui bun sau unor bunuri din patrimoniul unei persoane.

*2. Luarea unui bun mobil din posesia sau detenția altuia, fără consimțământul acestuia, în scopul de a și-l însuși pe nedrept, săvârșit prin întrebuițarea de violențe sau amenințări ori prin punerea victimei în stare de inconștientă sau neputință de a se apăra, precum și luarea unui bun mobil din posesia sau detenția altuia, fără consimțământul acestuia, în scopul de a și-l însuși pe nedrept, urmată de întrebuițarea unor astfel de mijloace pentru păstrarea bunului furat sau pentru înlăturarea urmelor faptei ori pentru ca făptuitorul să-și asigure scăparea.*

Din analiza acestei modalități de realizare a unei fapte penale observăm că acțiunea prin care se aduce atingere unui bun din patrimoniul unei persoane este tot cea de luare. Este aceeași acțiune cu cea analizată anterior, doar că se realizează în condiții speciale. Acțiunea de luare este însoțită de violență sau amenințare sau de punerea victimei în stare de inconștientă sau neputință de a se apăra. Aceste acțiuni pot fi săvârșite concomitent cu săvârșirea acțiunii de luare sau ulterior, dar în scopul de a păstra bunul, a-și asigura scăparea sau a șterge urmele faptei. Violența reprezintă o constrângere fizică exercitată asupra victimei cu scopul de a-i înfrânge rezistența. În sfera noțiunii de violență intră faptele de lovire sau alte violențe și de vătămare corporală, acțiuni care însoțesc acțiunea de lovire, astfel, împreună, acestea ducând la atingerea unui bun aflat în patrimoniul altei persoane.

O modalitate distinctă de atingere adusă unui bun din patrimoniul unei persoane o reprezintă predarea, remiterea silită a bunului de către partea vătămată ca urmare a constrângerii (violență, amenințare) exercitate asupra sa<sup>6)</sup>.

Așadar, la acțiunea principală de luare, care presupune deposedarea celui ce

<sup>6)</sup> V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. III, Ed. Academiei, București, 1971, p. 487

deține bunul și im posedarea celui ce săvârșește fapta, se poate adăuga și acțiunea de predare, remitere silită a bunului, ceea ce exclude acțiunea de deposedare, ambele acțiuni fiind precedate sau urmate de constrângere prin violență sau amenințare sau prin punerea victimei în stare de inconștientă sau neputință de a se apăra.

Acțiunea de luare se realizează fără consimțământul celui care deținuse bunul și se face cu scopul de a și-l însuși pe nedrept. Aceste două condiții speciale se păstrează și în cazul acestei modalități de atingere a bunurilor din patrimoniul unei persoane.

*3. Capturarea unei nave aflate în marea liberă sau faptul de a provoca, prin orice mijloc, naufragiul ori eșuarea acesteia, în scopul de a și însuși încărcătura ei sau de a tâlhări persoanele aflate la bord.*

Acțiunea prin care se poate aduce atingere unui bun este cea de capturare a unei nave, de a provoca naufragiul sau eșuarea unei nave.

Bunul este individualizat, este vorba doar de o navă aflată în marea liberă și de bunurile aflate pe această navă. Nu are importanță ce fel de bunuri există, dacă sunt bunurile ce aparțin navei (utilajele navei, mobilierul navei, încărcătura vasului, proviziile de hrană sau combustibil) sau pasagerilor (bagajele).

Capturarea se referă la a pune stăpânire pe acea navă și pe bunurile care se află pe acea navă.

Acțiunea de a provoca naufragiul sau eșuarea navei se referă la acțiunea de a determina scufundarea vasului sau imposibilitatea de a și continua călătoria.

Așadar, cele trei acțiuni de capturare, provocarea naufragiului sau provocarea eșuării unei nave pot constitui modalități de a aduce atingere unor bunuri din patrimoniul unei persoane. Acțiunea este una care urmărește realizarea unui scop, însușirea încărcăturii sau tâlhărirea persoanelor aflate la bordul navei. Firește că însușirea încărcăturii trebuie să fie una fără drept. Orice scop ar avea o astfel de acțiune, este cert că ea aduce atingere bunurilor unei persoane. Dacă se va verifica și scopul prevăzut de lege și forma de vinovăție, atunci acțiunile vor deveni elemente materiale ale infracțiunii de piraterie în formă agravantă.

*4. Însușirea, dispunerea sau folosirea, pe nedrept, a unui bun mobil al altuia, de către cel căruia i-a fost încredințat în baza unui titlu și cu un anumit scop, ori refuzul de a-l restitui.*

Din reglementările acestei fapte ne interesează doar acțiunile și inacțiunea.

Astfel, prin însușirea bunului înțelegem trecerea bunului în sfera de stăpânire a făptuitorului care se comportă ca și cum ar fi proprietar. Dispunerea pe nedrept de bun presupune că detentorul efectuează acte de dispoziție asupra bunului (il vinde, îl transformă). Folosirea bunului se referă la întrebuințarea temporară a bunul în interesul său ori pentru altul. Refuzul de a restitui bunul este o inacțiune și se referă la situația în care făptuitorul neagă înapoierea, restituirea bunului.

Urmarea imediată a acestor acțiuni și inacțiuni este ieșirea bunului din sfera de stăpânire a proprietarului, posesorului sau detentorului de drept, ceea ce înseamnă că patrimoniul acestuia este atins prin imposibilitatea de a se folosi de bunul său.

Pentru a se leza patrimoniul unei persoane este necesar ca acțiunile de însușire, folosire, dispunere și refuz de restituire să fie făcute fără drept. Dacă există justifi-



cat un drept pentru aceste fapte sau există consimțământul persoanei care deține bunurile în patrimoniu, aceste modalități nu vor aduce atingere bunurilor.

Dacă se verifică și condițiile speciale, anume existența unui titlu în baza căruia bunul era deținut și un scop special pentru deținerea aceluși bun, precum și forma de vinovăție cerută de lege, acțiunile și inacțiunea vor deveni elementul material al unei infracțiuni de abuz de încredere.

*5. Fapta debitorului de a înstrăina, ascunde, deteriora sau distruge, în tot sau în parte, valori ori bunuri din patrimoniul său ori de a invoca acte sau datorii fictive în scopul fraudării creditorilor.*

Aceste modalități prin care se aduce atingere bunurilor din patrimoniul unei persoane sunt nou reglementate în Codul penal, în sensul definirii infracțiunii de abuz de încredere prin fraudarea creditorilor.

A înstrăina valori sau bunuri din patrimoniu este acțiunea prin care bunurile sau valorile sunt scoase din patrimoniul unei persoane fără drept și care intră ulterior în patrimoniul altei persoane. Înstrăinarea se poate face prin vânzare, dăruire, punere în gaj, dare în plată etc.

A ascunde valori sau bunuri din patrimoniu este acțiunea prin care aceste bunuri sunt ridicate din locul lor știut și puse în alt loc pentru a nu fi găsite. Sau chiar acțiunea de a nu încunoștința persoana interesată de existența lor.

Deteriorarea bunurilor presupune uzarea, defectarea, degradarea, stricarea acestora pentru a nu mai fi folosite la capacitate normală. Există deteriorare și atunci când fapta afectează doar aspectul estetic al bunului<sup>7)</sup>.

Distrugearea constă în lezarea substanței bunului în așa fel încât acesta încetează să existe în materialitatea sa<sup>8)</sup>.

Invocarea de acte sau datorii fictive presupune acțiunea debitorului de a prezenta creditorului datorii inexistente sau acte prin care acesta justifică amânarea executării unei obligații.

*6. Fapta persoanei care, știind că nu va putea plăti, achiziționează bunuri ori servicii producând o pagubă creditorului.*

O altă modalitate prin care se aduce atingere patrimoniului unei persoane este și fapta persoanei care, știind că nu va putea plăti, achiziționează bunuri ori servicii producând o pagubă creditorului.

Indiferent că aceste acțiuni se realizează cu intenție sau din culpă, ele au ca urmare schimbarea situației bunului sau bunurilor din patrimoniul unei persoane. Chiar dacă situația se remediază ulterior, fapta este consumată, iar cel puțin într-o anumită perioadă, bunurile din patrimoniu au fost atinse, iar patrimoniul micșorat cu valoarea acestora.

Desigur că, dacă aceste modalități sunt realizate cu intenție și au ca scop fraudarea creditorilor, faptele pot fi încadrate ca infracțiunea de abuz de încredere prin fraudarea creditorilor.

Dacă la momentul achiziționării bunurilor sau serviciilor debitorul dispune de

<sup>7)</sup> O. Loghin, T. Toader, *Drept penal român. Partea specială*, Ed. Șansa, București, 1994, p. 290.

<sup>8)</sup> *Idem*, p. 290.

bani pentru a putea plăti, dar ulterior achiziționării bunului sau serviciului apar evenimente care-l duc în imposibilitatea de plată, această situație nu este una tipică pentru reținerea infracțiunii, dar este o modalitate prin care patrimoniul aceluia care a vândut bunul sau a prestat serviciul să se restrângă.

7. *Neintroducerea sau introducerea tardivă, de către debitorul persoană fizică ori de reprezentantul legal al persoanei juridice debitoare, a cererii de deschidere a procedurii insolvenței, într-un termen care depășește cu mai mult de 6 luni termenul prevăzut de lege de la apariția stării de insolvență.*

8. *Falsificarea, sustragerea sau distrugerea de evidențe ale debitorului ori ascunderea unei părți din activul averii acestuia.*

9. *Înfățișarea de datorii inexistente sau prezentarea în registrele debitorului, în alt act sau în situația financiară a unor sume nedatorate.*

10. *Înstrăinarea, în caz de insolvență a debitorului, a unei părți din active.*

Acțiunile și inacțiunile prezentate mai sus reprezintă modalități prin care patrimoniul unei persoane poate fi atins. De asemenea, ele pot îmbrăca forma elementului material al infracțiunilor de bancrută simplă, infracțiune preluată din art. 143 alin. (1) al Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței și bancruta frauduloasă, infracțiune preluată din art. 143 alin. (2) al Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței și nou reglementate în Codul penal actual, dacă sunt îndeplinite toate condițiile cerute de lege pentru aceasta.

Omisivarea de a nu introduce cererea de deschidere a procedurii de insolvență în termenul de 6 luni sau acțiunea de introducere tardivă, după termenul de 6 luni, a cererii de deschidere a procedurii insolvenței poate conduce la atingerea patrimoniului unei persoane. Este nevoie de identificat momentul la care debitorul ajunge la starea de insolvență. Ceea ce înseamnă că, dacă nu se vorbește de o stare de insolvență, aceste modalități nu pot aduce atingere patrimoniului.

Falsificarea de evidențe presupune o acțiune de confecționare sau modificare ilicită a acestora. Falsificarea se poate realiza fie prin contrafacerea scrierii ori a subscrierii, fie prin alterarea, în orice mod, a înscrisului. Contrafacerea scrierii se referă la imitarea conținutului obișnuit al înscrisului<sup>9)</sup>. Contrafacerea semnăturii presupune plăsmuirea, imitarea oricărei semnături ce poartă un nume care nu aparține semnatarului, indiferent dacă imitația este mai mult sau mai puțin reușită<sup>10)</sup>. Alterarea înscrisului în orice mod se referă la modificarea acestuia, modificare ce are drept urmare atestarea unor împrejurări contrare realității.

Sustragerea de evidențe presupune însușirea prin orice mijloace a unui document de evidență a debitorului, adică luarea fără drept a înscrisului din sfera de dispoziție a acestuia și trecerea în sfera de dispoziție a autorului faptei.

<sup>9)</sup> V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. IV, Ed. Academiei, București, 1971, p. 376.

<sup>10)</sup> T. Vasiliu, G. Antoniu, Șt. Daneș, Gh. Dărăngă, D. Lucinescu, V. Papadopol, D. Pavel, D. Popescu, V. Rămureanu, *Codul penal comentat și adnotat - partea specială*, Ed. Științifică, București, 1975, vol. II, p. 252.

Distrugerea evidențelor se realizează prin nimicirea, alterarea substanței înscrisurilor, arderea, ruperea, tocarea, sau alte modalități care fac ca evidențele să nu poată fi folosite.

Ascunderea unei părți din activul averii debitorului poate fi o acțiune de dosire, disimulare, tănuire sau neconsemnare în evidențe contabile a unei părți din avere. Ascunderea nu se referă neapărat la luarea bunului de către făptuitor, dar o poate și include.

Înfățișarea de datorii se referă la evidențierea, orală sau scrisă, a unei datorii care un există.

Prezentarea în registrele debitorului, în alt act sau în situația financiară a unor sume nedatorate presupune înscrierea falsă a unor datorii în pasivul societății.

Înstrăinarea unei părți din active presupune transmiterea cu titlu gratuit sau cu titlu oneros a unor bunuri din patrimoniul debitorului.

Toate aceste modalități sunt de natură a aduce atingere bunurilor din patrimoniul unei persoane.

*11. Pricinuirea de pagube unei persoane, cu ocazia administrării sau conservării bunurilor acesteia, de către cel care are ori trebuie să aibă grija administrării sau conservării acelor bunuri.*

Această modalitate de a atinge un patrimoniu este condiționată de îndeplinirea unei condiții de către cel care o întreprinde. Astfel, acesta trebuie să aibă ca atribuții administrarea sau conservarea unor bunuri din acest patrimoniu.

Atunci când administrarea sau conservarea se realizează în mod defectuos din culpă, ea reprezintă doar o modalitate prin care se atinge patrimoniul, dar dacă se realizează în mod fraudulos intenționat, ea poate constitui elementul material al infracțiunii de gestiune frauduloasă.

Conservarea presupune ocrotirea bunurilor, păstrarea acestora în condiții care să le protejeze de degradare.

Administrarea este o activitate complexă ce cuprinde, pe lângă actele de conservare, efectuarea activităților necesare unei gospodării a bunurilor în conformitate cu natura și destinația acestora.

*12. Fapta de a nu preda în termen de 10 zile un bun găsit autorităților sau celui care l-a pierdut sau de a dispune de acel bun ca de al său.*

Dacă o astfel de faptă îmbracă formele cerute de Codul penal în art. 243 alin. (1), vom vorbi de o infracțiune de însușire a bunului găsit.

Condițiile în care această situație reprezintă o modalitate concretă de atingere a patrimoniului sunt prevăzute în însuși conținutul ei.

Fapta de a nu preda bunul găsit reprezintă omisiunea făptuitorului de a înapoia bunul persoanei care l-a pierdut sau vreunei autorități. Predarea trebuie efectuată în cadrul termenului de 10 zile specificat expres de lege. Momentul inițial al termenului este ziua în care bunul a fost găsit, iar momentul final este reprezentat de ziua în care s-au împlinit cele 10 zile. După trecerea acestui termen operează prezumția de însușire a bunului<sup>11)</sup>.

<sup>11)</sup> S. Răducanu, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 250.

Disponerea de bun presupune acțiunea celui care găsește bunul desfășurată în primele 10 zile de la găsirea lui, acțiune de dispoziție cu privire la bun: vânzare, înstrăinare, transformare. Dacă acțiunea întreprinsă de cel ce găsește bunul este una care nu poate fi considerată de dispoziție, ci este una normală conștientizând că bunul nu îi aparține, această acțiune nu mai poate fi considerată modalitate de atingere a patrimoniului.

*13. Însușirea pe nedrept a unui bun mobil ce aparține altuia, ajuns din eroare sau în mod fortuit în posesia făptuitorului, sau nepredarea acestuia în termen de 10 zile din momentul în care a cunoscut că bunul nu îi aparține.*

Dacă o astfel de faptă îmbracă formele cerute de Codul penal în art. 243 alin. (2), vom vorbi de o infracțiune de însușire a bunului ajuns din eroare la făptuitor.

Altfel, rămâne doar o modalitate prin care se atinge patrimoniul unei persoane.

Pentru a fi doar o modalitate de atingere a patrimoniului, și nu și element material al unei infracțiuni, trebuie ca însușirea bunului din eroare sau fortuit să nu fie făcută pe nedrept. Adică, dacă persoana își însușește un bun al altuia, este conștientă de modalitatea în care l-a însușit și se comportă cu bunul ca și cum ar fi proprietarul lui, însușirea este una fără temei legal, deci nedreaptă, iar în această situație, modalitatea de atingere a patrimoniului poate fi considerată element material al infracțiunii amintite.

În situația în care, după însușirea bunului din eroare sau fortuit, persoana care își însușește bunul rămâne în continuare în eroare sau se păstrează cazul fortuit cu privire la modalitatea de însușire, modalitatea de atingere a patrimoniului nu îmbracă forma elementului material al infracțiunii, dar rămâne totuși o faptă prin care se aduce atingere patrimoniului persoanei.

Eroarea și cazul fortuit vor fi analizate în această situație ca și cauze de neimputabilitate a faptei.

*14. Inducerea în eroare a unei persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos patrimonial injust și dacă s-a pricinuit o pagubă.*

*15. Inducerea în eroare a unei persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate prin folosirea de nume sau calități mincinoase ori de alte mijloace frauduloase.*

Toate acestea reprezintă infracțiunea de înșelăciune prevăzută de art. 244 alin. (1) și alin. (2) din Codul penal.

Pentru lucrarea de față vom analiza doar elementul material al infracțiunii, care reprezintă în concret o modalitate prin care se poate aduce atingere patrimoniului unei persoane.

Astfel, inducerea în eroare poate fi o modalitate dintre cele analizate. Aceasta se poate realiza în două modalități prevăzute alternativ în textul de lege:

- prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase;
- prin prezentarea ca mincinoasă a unei fapte adevărate.

Prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase presupune inventarea sau prezentarea modificată a unei situații, împrejurări. Afirmarea unui neadevăr poate aduce atingere patrimoniului, dar nu poate fi elementul material al infracțiunii de înșelăciune.

Prezentarea ca mincinoasă a unei fapte adevărate se referă la a ascunde, a disimula existența unei fapte sau împrejurări de fapt. Publicitatea mincinoasă poate aduce atingere patrimoniului, dar nu poate fi elementul material al infracțiunii de înșelăciune.

*16. Distrugerea, degradarea, aducerea în stare de neîntrebuintare, ascunderea sau înstrăinarea unui bun asigurat împotriva distrugerii, degradării, uzurii, pierderii sau furtului, în scopul de a obține, pentru sine sau pentru altul, suma asigurată.*

*17. Simulează, își cauzează sau agravează leziuni sau vătămări corporale produse de un risc asigurat.*

Sunt modalități nou reglementate în Codul penal și reprezintă infracțiunea de înșelăciune privind asigurările prevăzută de art. 245 alin. (1) și alin. (2) din Codul penal.

Despre acțiunea de distrugere și degradare am discutat anterior.

Aducerea în stare de neîntrebuintare se referă la aspectul funcțional al bunului, la situația în care bunul nu este distrus, nu este degradat, însă nu mai poate fi folosit, temporar sau permanent.

Ascunderea bunului se referă la dosirea lui pentru a da senzația că bunul a fost furat sau a dispărut.

Înstrăinarea se referă la vânzarea, donarea bunului asigurat către un terț.

Simularea unor leziuni sau vătămări este o acțiune ce se îndreaptă împotriva chiar a persoanei ce simulează pentru a crea aparența că aceasta a suferit o vătămare și trebuie să obțină suma asigurată.

Cauzarea de leziuni sau vătămări corporale constă în acțiuni concrete prin care persoana chiar își provoacă suferințe, leziuni sau vătămări.

Agravarea de leziuni sau vătămări corporale constă în acțiuni prin care se accentuează leziunile sau vătămarile deja existente.

Aceste trei acțiuni devin modalități prin care se aduce atingere patrimoniului doar dacă persoana care le întreprinde obține și bunul asigurat sau suma asigurată.

În caz contrar, ele nu sunt de natură a afecta patrimoniul unei persoane, dar vor putea fi analizate ca element material al infracțiunii amintite.

*18. Fapta de a îndepărta, prin constrângere sau corupere, un participant de la o licitație publică ori înțelegerea între participanți pentru a denatura prețul de adjudecare.*

Este o faptă specifică infracțiunii de deturnare a licitațiilor publice, o infracțiune nou-introdusă în Codul penal, reglementată în art. 246.

Îndepărtarea unui participant de la o licitație este o acțiune ce se poate realiza prin mai multe modalități: presupune înlăturarea, împiedicarea, ținerea la distanță,

retragerea de la licitație sau determinarea să abandoneze licitația.

Pentru tema propusă spre analiză nu ne interesează ca aceste acțiuni să se desfășoare prin constrângere sau corupere, ci doar să aibă finalitatea cerută de analiză, adică să afecteze patrimoniul unei persoane.

Înțelegerea între participanți pentru a denatura prețul de adjudecare reprezintă o modalitate de atingere a patrimoniului doar dacă prețul a fost denaturat și astfel o persoană a suferit o pierdere din patrimoniul său, nelegală.

Pentru ca aceste modalități să fie element material al infracțiunii amintite, este necesar ca toate condițiile impuse de textul legal să fie îndeplinite. În ceea ce privește scopul, el nu se cere a fi realizat, ci doar urmărit, contrar situației pe care o analizăm.

*19. Fapta creditorului care, cu ocazia dării cu împrumut de bani sau bunuri, profitând de starea de vădită vulnerabilitate a debitorului, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității ori relației de dependență în care debitorul se află față de el, îl face să constituie sau să transmită, pentru sine sau pentru altul, un drept real ori de creanță de valoare vădit disproporționată față de această prestație.*

*20. Punerea unei persoane în stare de vădită vulnerabilitate prin provocarea unei intoxicații cu alcool sau cu substanțe psihoactive în scopul de a o determina să consimtă la constituirea sau transmiterea unui drept real ori de creanță sau să renunțe la un drept, dacă s-a produs o pagubă.*

Modalitățile prezentate sunt acțiuni specifice infracțiunii de exploatare patrimonială a unei persoane vulnerabile prevăzută și sancționată de art. 247 Noul Cod penal.

Această infracțiune este una nou-introdusă în Codul penal. Legiuitorul a avut în vedere numeroasele cazuri care au fost făcute cunoscute de presă, cazuri în care persoane în vârstă sau cu o stare de sănătate precară și-au pierdut locuințele în situații asemănătoare ca cele reglementate de articolul 247. Pentru a le oferi protecție legală acestor persoane aflate în condiții deosebite, speciale, vulnerabile, mai precis pentru a ocroti patrimoniul acestor persoane, legiuitorul penal a incriminat faptele prevăzute anterior.

Astfel, acțiunea creditorului de a face pe debitor să constituie sau să transmită, pentru sine sau pentru altul, un drept real sau de creanță, de valoare vădit disproporționată față de prestația sa, reprezintă o acțiune prin care se aduce atingere patrimoniului persoanei vulnerabile.

Sigur că, pentru a vorbi de o astfel de modalitate, în sensul temei de analiză, trebuie îndeplinite câteva condiții, anume: existența unei situații de dare de bani sau bunuri cu împrumut, de către o persoană - creditor altei persoane - debitor, debitorul să fie o persoană vulnerabilă (adică cu o vârstă înaintată sau cu o stare de sănătate precară sau cu o stare de infirmitate ori în baza unei relații de dependență în care debitorul se află față de creditor).

Analiza se poate disjunge în această etapă, în sensul că:

- - dacă creditorul va profita de starea debitorului de vădită vulnerabilitate sau dependență și se va realiza finalitatea prevăzută de lege, adică constituirea sau transmiterea unui drept real sau de creanță prin care se produce o pagubă, această modalitate poate îmbrăca forma elementului material al

infracțiunii prevăzută la art. 247 NCP<sup>12)</sup>.

- dacă creditorul se folosește de diferite alte mijloace, cum ar fi constrângerea, pentru constituirea sau transmiterea unui drept real sau de creanță prin care se produce o pagubă, această modalitate poate îmbrăca forma elementului material al infracțiunii prevăzută la art. 207 NCP<sup>13)</sup>.
- dacă creditorul pune o persoană în stare de vădită vulnerabilitate prin provocarea unei intoxicații cu alcool sau cu substanțe psihoactive, determinând-o astfel să consimtă la constituirea sau transmiterea unui drept real ori de creanță sau să renunțe la un drept, dacă s-a produs o pagubă, suntem tot în cazul infracțiunii prevăzute de art. 247, forma agravantă.

Indiferent care dintre modalitățile prevăzute anterior este folosită, ea va fi de natură a atinge patrimoniul persoanei vulnerabile doar dacă s-a produs o pagubă. Paguba constă în diferența dintre valoarea reală a bunului transmis și cea consimțită de persoana vulnerabilă de care se profită sau chiar în valoarea bunului transmis sau a celui la care se renunță.

*21. Introducerea, modificarea sau ștergerea de date informatice, restricționarea accesului la aceste date ori împiedicarea în orice mod a funcționării unui sistem informatic, în scopul de a obține un beneficiu material pentru sine sau pentru altul, dacă s-a cauzat o pagubă.*

Această modalitate este reglementarea legală a infracțiunii de fraudă informatică prevăzută și sancționată de art. 249 NCP, preluată fără modificări semnificative din Legea 161/2003<sup>14)</sup>.

Cele cinci modalități concrete prin care se poate aduce atingere patrimoniului trebuie să fie urmate de producerea unei pagube, atât pentru a reprezenta element material al infracțiunii amintite, cât și pentru a aduce efectiv atingere patrimoniului.

Introducerea de date informatice se poate realiza fie prin introducerea de date fără autorizație într-un sistem informatic, fie prin introducerea de date inexacte sau inexistente.

Modificarea de date informatice cuprinde alterarea datelor existente, schimbările parțiale ale acestora.

Ștergerea de date informatice se referă la ștergerea datelor de pe suporturi fizice, care nu mai sunt disponibile pentru tranzacții electronice licite<sup>15)</sup>.

Restricționarea accesului la aceste date se referă la reținerea, ascunderea, criptarea sau modificarea autorizațiilor pentru utilizatorii legitimi<sup>16)</sup>.

Împiedicarea funcționării unui sistem informatic se referă la atacuri fizice exer-

<sup>12)</sup> Infracțiunea de exploatare patrimonială a unei persoane vulnerabile.

<sup>13)</sup> Infracțiunea de șantaj.

<sup>14)</sup> Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, publicată în M. Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>15)</sup> G. Antoniu, coord., *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 604.

<sup>16)</sup> *Idem*, p. 604.

citare asupra cablurilor electrice, atacuri logice care împiedică pornirea normală a unui calculator, blocarea sistemului, a tastaturii, epuizarea spațiilor de memorie sau de stocare a informațiilor.

Pentru ca aceste acțiuni să aducă atingere patrimoniului este necesar ca prin ele să se producă o pagubă în patrimoniul unei persoane. Situația este diferită dacă ne referim la aceste modalități ca la elementul material al infracțiunii, unde este necesar ca făptuitorul să urmărească obținerea unui scop material anume, pentru el sau pentru altă persoană.

Valoarea pagubei nu are importanță, ea fiind egală cu valoarea cu care s-a micșorat patrimoniul persoanei vătămate.

*22. Efectuarea unei operațiuni de retragere de numerar, încărcare sau descărcare a unui instrument de monedă electronică ori de transfer de fonduri, prin utilizarea, fără consimțământul titularului, a unui instrument de plată electronică sau a datelor de identificare care permit utilizarea acestuia.*

*23. Acceptarea unei operațiuni de retragere de numerar, încărcare sau descărcare a unui instrument de monedă electronică ori de transfer de fonduri, cunoscând că este efectuată prin folosirea unui instrument de plată electronică falsificat sau utilizat fără consimțământul titularului său.*

Aceste două modalități le analizăm împreună, deși ele reprezintă reglementarea legală a două infracțiuni: efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos, prevăzută și sancționată de art. 250 NCP<sup>17)</sup>, și acceptarea operațiunilor financiare efectuate în mod fraudulos, prevăzută și sancționată de art. 251 NCP<sup>18)</sup>.

Efectuarea unei operațiuni de retragere de numerar, încărcare sau descărcare a unui instrument de monedă electronică ori de transfer de fonduri, precum și acceptarea unei astfel de operațiuni reprezintă elementul material al infracțiunilor amintite dacă sunt realizate fără consimțământul titularului. Dar pentru analiza care ne interesează ele vor reprezenta modalități de atingere a patrimoniului unei persoane chiar dacă se realizează cu consimțământul titularului. Condiția esențială este ca prin aceste modalități să se producă o pagubă în patrimoniul titularului, pagubă care va coincide cu valoarea cu care se micșorează patrimoniul acestuia.

*24. Distrugerea, degradarea sau aducerea în stare de neîntrebuințare a unui bun aparținând altuia ori împiedicarea luării măsurilor de conservare sau de salvare a unui astfel de bun, precum și înlăturarea măsurilor luate.*

Reprezintă elementul material și condițiile esențiale pentru reținerea infracțiunii de distrugere, dar și modalitatea prin care se aduce atingere patrimoniului unei persoane.

Aceste fapte aduc atingere bunului în materialitate lui, precum și potențialului

<sup>17)</sup> Art. 250 NCP preia dispozițiile art. 27 din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, republicată în M. Of. nr. 959 din 29 noiembrie 2006, cu modificările ulterioare.

<sup>18)</sup> Art. 251 NCP preia dispozițiile art. 28 din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, republicată în M. Of. nr. 959 din 29 noiembrie 2006, cu modificările ulterioare.



de utilizare a acestuia de către posesor, detentor sau proprietar<sup>19)</sup>.

Distrugerea constă în lezarea substanței bunului în așa fel încât acesta încetează să existe în materialitatea sa<sup>20)</sup> (de exemplu, spargerea unui geam, arderea unei cărți etc.)

Degradarea constă în atingerea adusă bunului în așa fel încât acesta nu mai poate fi folosit la întregul său potențial. Există degradare și atunci când fapta afectează doar aspectul estetic al bunului<sup>21)</sup>.

Aducerea în stare de neîntrebuințare se referă la situația în care bunul nu este distrus, nu este degradat, însă nu mai poate fi folosit, temporar sau permanent.

În cazul în care salvarea, conservarea unui bun necesită adoptarea anumitor măsuri, elementul material al distrugerii se realizează și prin acțiunea făptuitorului de împiedicare a luării acestor măsuri sau de înlăturare a unor astfel de măsuri.

*25. Ocuparea, în întregime sau în parte, fără drept, prin violență sau amenințare ori prin desființarea sau strămutarea semnelor de hotar, a unui imobil aflat în posesia altuia.*

Modalitatea prevăzută este reglementată de art. 256 NCP sub denumirea de infracțiune de tulburare de posesie. Prin aceste fapte se aduce atingere dezmembrămintelor dreptului de proprietate, se schimbă ilegal posesorul bunului imobil prin atingerea stării de fapt în care se află bunul și afectarea normalei folosiri a acestuia.

Ocuparea presupune pătrunderea în imobil și rămânerea acolo a făptuitorului care se comportă ca un posesor.

Refuzul făptuitorului de a elibera imobilul astfel ocupat presupune că a existat anterior o ocupare urmată de refuzul făptuitorului de a elibera imobilul.

Dacă ocuparea se face cu consimțământul titularului imobilului, nu ne vom afla în situația unei modalități de atingere a patrimoniului, pentru că nu există nicio pagubă care să micșoreze patrimoniul acestuia. Dar o ocupare fără consimțământ, indiferent de modalitatea în care se realizează sau de partea ocupată, va reprezenta o modalitate prin care se atinge patrimoniul persoanei în cauză care nu se mai poate folosi liber și normal de acea parte a imobilului său.

### 3. Concluzii

După analiza elementelor materiale ale acestor fapte penale, putem concluziona că există trei categorii de modalități prin care se poate aduce atingere bunurilor din patrimoniul unei persoane: sustragere de bunuri, fraudare, samavolnicie.

Modalitățile de sustragere de bunuri prin care se aduce atingere patrimoniului unei persoane se caracterizează prin aceea că bunul sustras, cu care se diminuează patrimoniul, se află, de regulă, la victimă. Prin aceste modalități este afectată poziția bunului în patrimoniul unei persoane.

În situația fraudării, ca modalitate de atingere a patrimoniului unei persoane,

<sup>19)</sup> V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. III, Ed. Academiei, București, 1971, p. 514.

<sup>20)</sup> O. Loghin, T. Toader, *Drept penal român. Partea specială*, Ed. Șansa, 2001, p. 326.

<sup>21)</sup> *Idem*, p. 326.

bunul cu care se diminuează patrimoniul și asupra căruia se acționează prin fraudare se află, de regulă, asupra făptuitorului. Prin acțiuni samavolnice, se poate afecta atât poziția bunului în patrimoniul persoanei vătămate, cât și substanța acestuia, potențialul său de utilizare.

Indiferent în ce categorie de acțiuni sunt încadrate, aceste modalități trebuie analizate separat de conținutul infracțiunilor, deoarece există situații când o astfel de modalitate poate atinge patrimoniul unei persoane, dar nu este și element material al vreunei infracțiuni, doar dacă s-a realizat scopul propus de făptuitor. În alte situații, modalitățile analizate, pot reprezenta elemente materiale ale infracțiunilor fără ca scopul să fie și realizat, ci doar urmărit.

În lucrarea de față am analizat anumite aspecte care nu au fost modificate de noua legislație penală și am considerat că pe acestea le putem numi ceea ce reprezintă *stabilitatea* în materie. Stabilitatea se caracterizează prin menținerea în continuare a infracțiunilor prin care se aduce atingere patrimoniului în cadrul reglementărilor penale, deci și a modalităților prin care se poate aduce atingere patrimoniului unei persoane.

Aspectele de reformă se referă la<sup>22)</sup>:

1. reducerea cuantumului pedepsei:

Reducerea pedepsei s-a făcut de către legiuitor avându-se în vedere aspecte precum:

- necesitatea reflectării în limitele legale de pedeapsă a ierarhiei firești a valorilor sociale care fac obiectul ocrotirii prin mijloace penale având în vedere faptul că instrumentul optim pentru o combatere eficientă a infracțiunilor nu este mărirea exagerată a pedepselor, ci existența unui sistem sancționator proporțional cu gravitatea faptelor săvârșite, susținut de o aplicare promptă a acestor pedepse de către organele judiciare;
- necesitatea corelării părții speciale a codului cu dispozițiile din partea generală, care cuprind o înăsprire a tratamentului sancționator al pluralității de infracțiuni, dar și cu limitele de pedeapsă prevăzute pentru aplicarea modalităților alternative de individualizare a executării sancțiunilor și, nu în ultimul rând, pedepsele aplicate în concret de instanțe pentru această categorie de infracțiuni.

2. circumstanțele speciale:

Anumite circumstanțe care calificau diferite fapte au fost înlăturate pentru că au fost adăugate ca circumstanțe de agravare generale, prevăzute în Partea generală a codului: săvârșirea unei fapte de trei sau mai multe persoane împreună, săvârșirea faptei într-un loc public, săvârșirea faptei în timpul unei calamități.

3. anumite aspecte ce țin de elementul material al infracțiunilor au fost adăugate sau modificate tocmai pentru a răspunde mai bine necesității reprimării unor modalități de comitere a respectivelor fapte, evidențiate de practica judiciară.

4. aspecte procesuale legate de punerea în mișcare a acțiunii penale.

---

<sup>22)</sup> Doar cu titlu exemplificativ.

# DESPRE TENDINȚA DE A TRANSFORMA AVORTUL ÎNTR-UN „DREPT AL OMULUI”\*

Lect. univ. dr. Rodica BURDUȘEL  
Facultatea de Drept  
Universitatea „Titu Maiorescu” din București

## Abstract:

*In the group of offences against individual, the Romanian legislator has inserted into the Criminal Code previous a Section III called Abortion, in which it has incriminated as offence a single deed, which it has called „Illegal provocation of abortion”, thus showing that it protects pregnancy and, implicitly, the foetus, regarded as a product of conception.*

*Protection of these values has been enlarged in the new Criminal Code (Law no. 286/2009), by adding a new incriminatory text, called „Foetal injury”, justified by the presence of a period between the moment of birth process trigger and the moment of its ending, which the legislation currently in force has omitted to protect and during which one can intervene violently on the foetus.*

*Completion of the criminal provisions regarding protection of pregnancy and foetus means a certain position of the Romanian state, namely to have a legislation that is a bit restrictive in the field of abortion, reaction contrary to the powerful pro-abortion lobby that pursues officialization of abortion and imposing it to the countries by means of international deeds.*

*Romanian legislation protecting pregnancy and complemented in the new Criminal Code (Law no. 286/2009) by adding a new incriminatory text regarding foetus protection is facing, within the European area, a new change with respect to abortion imposed, on one hand, by adoption in April 2008 by the European Council of the resolution called „Access to legal and safe abortion in Europe” and, on the other hand, by the attitude ever more dearly expressed by the Pro-Vita Associations for Born and Unborn present throughout the world, which unconditionally protects the right to life of the unborn child. The two opposite positions bring before the Romanian legislator issues that not only has it to approach, but find solutions for them.*

*Some of these issues, to which the herein article refers to, are the following:*

- *is the Romanian criminal legislation protecting pregnancy and foetus a legislation for life and unborn child protection?*
- *does the Romanian legislator operate with the concept of unborn child?*
- *is there a tendency to make abortion become a human right?*

**Keywords:** abortion, the unborn child, human right .

\* Revista Familia ortodoxă nr. 1/2010, p. 53-54.

## 1. Considerații introductive

Avortul înseamnă ucidere potrivit textului biblic<sup>1)</sup>. Avortul înseamnă întreruperea cursului sarcinii potrivit textului juridic<sup>2)</sup>. Cuvântul „avort” derivă din latinescul *aborior*, termen opus lui *orior* (a naște) și înseamnă „a muri” sau a dispărea prematur<sup>3)</sup>.

O confruntare veche și continuă între două concepte, cel religios și cel juridic, cu privire la momentul nașterii vieții ne întâmpină atunci când vrem să știm ce este avortul.

A conduce subiectul - pro sau contra avort - înspre lămurirea problemei momentului nașterii dreptului la viață al omului înseamnă a porni pe un drum de multă vreme bătătorit de teologi, medici, biologi, geneticieni, juriști, filosofi, psihologi, bioeticieni<sup>4)</sup>, care urmăresc din unghiul propriu de observație să dea răspuns la întrebarea: când începe viața ființei umane?

Știm că în prezent răspundem acestei întrebări prin raportare la două categorii de ființe umane, și anume ființa umană născută al cărui drept la viață există din momentul nașterii, când devine subiect de drept și are o existență proprie, și ființa umană nenăscută al cărei drept la viață este recunoscut legislativ din a 14-a săptămână de sarcină, când atingerea acestui drept constituie infracțiunea de avort, excepție făcând câteva situații-limită strict reglementate de Codul penal, situații în care întreruperea cursului sarcinii este licită.

Este lesne de observat că legea noastră penală protejează viața ființei umane nenăscute, dar nu din prima și până în ultima zi a cursului sarcinii, în orice moment al acesteia, adică din momentul concepției și până în momentul începerii procesul

<sup>1)</sup> „Te voi judeca așa cum se judecă femeile adultere și ucigătoare de copii... Vor aduce gloata împotriva ta, te vor ucide cu pietre și te vor străpunge cu lovituri de sabie.” Ezechiel 16.38 (a), 40.

<sup>2)</sup> **Art. 201. (1) Întreruperea cursului sarcinii săvârșită în vreuna dintre următoarele împrejurări:**

a) în afara instituțiilor medicale sau a cabinetelor medicale autorizate în acest scop;  
b) de către o persoană care nu are calitatea de medic de specialitate obstetrică-ginecologie și drept de liberă practică medicală în această specialitate;  
c) dacă vârsta sarcinii a depășit paisprezece săptămâni, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă și interzicerea exercitării unor drepturi.

(2) Întreruperea cursului sarcinii, săvârșită în orice condiții, fără consimțământul femeii însărcinate, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

(3) Dacă prin faptele prevăzute în alin. (1) și alin. (2) s-a cauzat femeii însărcinate o vătămare corporală, pedeapsa este închisoarea de la 3 la 10 ani și interzicerea exercitării unor drepturi, iar dacă fapta a avut ca urmare moartea femeii însărcinate, pedeapsa este închisoarea de la 6 la 12 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

(4) Când faptele au fost săvârșite de un medic, pe lângă pedeapsa închisorii, se va aplica și interzicerea exercitării profesiei de medic.

(5) Tentativa la infracțiunile prevăzute în alin. (1) și alin. (2) se pedepsește.

(6) Nu constituie infracțiune întreruperea cursului sarcinii în scop terapeutic efectuată de un medic de specialitate obstetrică-ginecologie, până la vârsta sarcinii de douăzeci și patru de săptămâni, sau întreruperea ulterioară a cursului sarcinii, în scop terapeutic, în interesul mamei sau al fătului.

(7) Nu se pedepsește femeia însărcinată care își întrerupe cursul sarcinii.

<sup>3)</sup> <http://www.apologeticum.ro/2008/12/perspectiva-crestina-asupra-avortului>.

<sup>4)</sup> C. Maximilian, Șt.M. Milcu, S. Poenaru, *Fascinația imposibilului. Bioetica*, Ed. Editis, București, 1994, p. 42-47.

nașterii<sup>5)</sup>, ci fragmentând cursul sarcinii și protejând viața ființei nenăscute începând cu a 14-a săptămână de sarcină, lăsând în afara protecției legislative intervalul cuprins între momentul concepției și a 14-a săptămână.

Comparativ cu reglementarea noastră, legislația protectoare a vieții ființei umane nenăscute în țările Uniunii Europene este neunitară și împarte țările în trei grupe<sup>6)</sup>: țări în care avortul nu este permis (Malta, Irlanda și Polonia cu excepții); țări în care avortul se poate face în anumite condiții relaxate [Cipru, Insulele Feroe (teritoriu danez), Finlanda, Luxemburg, Spania, Portugalia și Marea Britanie] și țări în care avortul este disponibil „la cerere” (România, Bulgaria, Cehia, Slovenia, Ungaria, țările baltice, Slovacia, Belgia, Olanda, Germania, Franța, Suedia, Danemarca, Italia, Austria).

În concluzie, atitudinea diferită a statelor față de ființa umană nenăscută a împărțit legislațiile naționale în ceea ce privește recunoașterea dreptului la viață al omului în legislații pentru viață care interzic avortul sau care îl acceptă restrictiv, cum este și cazul României, și legislații anti-viață prin care se realizează o oficializare excesivă a avortului și care se doresc a fi modele universale pentru celelalte state (Marea Britanie, Suedia, Danemarca).

## 2. O soluție a Curții Europene a Drepturilor Omului tinde să modifice legislația privind avortul

Dacă în prezent putem vorbi, în legătură cu legislațiile statelor europene, de adoptarea unor moduri de reglementare a avortului diferențiate în funcție de valorile morale, de convingerile religioase creștine, de tradiții etc., menținerea barierelor legislative naționale a fost confruntată cu o decizie a Curții Europene a Drepturilor Omului ce le depășește prin forța de impunere.

Este vorba de cererea ce s-a aflat pe rolul Curții Europene a Drepturilor Omului, în care petiționarele, trei femei rezidente în Irlanda, au reclamat la CEDO acest stat, în 15 iulie 2005, pentru că datorită legislației pentru viață existentă în Irlanda, care contravine drepturilor omului, ele au fost nevoite să se deplaseze în Marea Britanie pentru a avorta și aceasta le-a afectat sănătatea, „le-au făcut să aibă sentimente de rușine și umilință, apelând la servicii medicale britanice”. Petiționarele au fost audiate în data de 9 decembrie 2009 în fața Marii Camere a CEDO<sup>7)</sup>.

Una dintre femeii a susținut că era necăsătorită la momentul în care a rămas accidental însărcinată, provenind dintr-o familie săracă, cu o mamă alcoolică, astfel că ea și frații săi au fost plasați în diferite locuri. A doua femeie a spus că nu era pregătită să crească singură un copil. Iar a treia femeie, a afirmat că a suferit de cancer, iar sarcina putea genera reapariția bolii<sup>8)</sup>.

Marea Cameră a Curții Europene a dat dreptate celei de-a treia femei, stabilind că în cazul acesteia a fost încălcat art. 8 din Convenția Europeană referitor la

<sup>5)</sup> C. Barbu, *Ocrotirea persoanei în dreptul penal al R.S. România*, Ed. Scrisul Românesc, Craiova, 1977, p. 141.

<sup>6)</sup> <http://www.crestinortodox.ro/morala/reglementarile-privind-avortul-tarile-uniunii-europene-70848.html>.

<sup>7)</sup> Revista *Familia ortodoxă* nr. 1/2010, p. 54.

<sup>8)</sup> <http://stirile.rol.ro/cedo-da-dreptate-unei-femei-care-a-reclamat-legea-privind-interzicerea-avortului-in-irlanda-673046.html?PageSpeed=noscript/>.

dreptul la respectarea vieții private și de familie și a respins cu majoritate de voturi cererile celorlalte două femei<sup>9)</sup>.

Soluția de admitere pronunțată de instanța europeană corespunde prevederilor din Codurile penale europene care permit avortul pentru a salva viața, integritatea corporală sau sănătatea femeii însărcinate, acesta fiind printre puținele cazuri în care este sacrificată viața fătului în favoarea drepturilor mamei, dar pentru protejarea acesteia se putea apela la art. 2 din Convenția Europeană privind dreptul la viață, dacă menținerea sarcinii constituia un pericol grav, iminent pentru viața acesteia, ce nu putea fi înlăturat altfel<sup>10)</sup>.

Prin recurgerea la art. 8 arată că instanța a preferat să reitereze dreptul la viață privată și dreptul la avort al femeii pentru menținerea sănătății sale, lăsând să se înțeleagă că principala cauză a mortalității materne este avortul nesigur și ilegal, acest punct de vedere fiind un important pas pentru atingerea obiectivului „asigurarea accesului la avort sigur și legal pe tot globul”<sup>11)</sup>, în loc să se refere și la dreptul la viață al ființei umane nenăscute aflat în conflict cu dreptul la avort.

Astfel, instanța europeană a pronunțat o soluție neîngrădită de tradiție, morală, istorie, religie, legislație, la care trebuie să se raporteze toate statele având în vedere încălcarea drepturilor omului, pentru respectarea cărora avortul poate fi declarat liber și legal, garantându-i-se femeii dreptul de a ucide.

Este cunoscut faptul că dreptul la respectarea vieții private și de familie nu are un conținut propriu, ci atocuprinzător, format din alte drepturi (dreptul la nume, la un mediu ambiant sănătos, la singurătate, la viață intimă, dreptul de a decide etc.), inclusiv din dreptul la avort<sup>12)</sup>, astfel că prin încălcarea acestui drept se încalcă și dreptul la avort pe care acesta îl include.

Speța europeană are un precedent cazuistic în SUA, unde, la sfârșitul anilor '60 și începutul anilor '70, s-a dezlănțuit o amplă mișcare pro-avort numită Asociația Națională pentru Respingerea Legilor Avortului (ANRLA), care și-a propus și a reușit în anul 1973 să schimbe legislația cu privire la avort, în sensul legalizării acestuia<sup>13)</sup>.

Cazul juridic care a convins în anul 1973 Curtea Supremă de Justiție a SUA să decidă, cu o majoritate de 7 voturi față de 2, că avortul este un drept fundamental al omului s-a numit *Roe vs. Wade*.

Protagonista acestui proces intentat statului federal Texas a fost Norma McCorvey, care a acuzat faptul că, din cauza legislației prohibitive a statului texan, nu a putut să avorteze. Ea încercase de mai multe ori să-și omoare copilul apelând inclusiv la clinici ilegale.

Astăzi se cunoaște din materialele publicate despre acest caz, din înseși mărturisirile reclamantei Norma McCorvey (în prezent activistă pro-viață) și a militanților pro-avort retrași din mișcare, că victoria care a adus legitimitate juridică avortului a fost obținută numai prin manipulare, prin modificarea statisticilor, prin

<sup>9)</sup> *Ibidem*.

<sup>10)</sup> S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Noul Cod penal, partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectivă clujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 76-78.

<sup>11)</sup> <http://laurentiudumitru.ro/blog/2009/12/05/rugaciune-pentru-decizie-favorabila-la-cedo/>.

<sup>12)</sup> I. Ifrim, *Ocotirea penală a vieții intime a persoanei*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 14-24.

<sup>13)</sup> *Marketing pentru avort*, Ed. Nepsis, București, 2009.

minciuni vândute guvernelor federale, justiției, presei, opiniei publice de către industria avortului<sup>14)</sup>.

Întrucât ceea ce s-a pretins atunci se repetă astăzi, dar într-un alt context temporal, geografic, mental, redăm în continuare sloganurile cu care ampla mișcare și industrie pro-avort ce o sprijinea au convins instanța supremă americană să transforme uciderea ființelor umane nenăscute într-un drept constituțional:

1. avortul a fost prezentat ca o chestiune ce ține de dreptul la libertate al femeii;
2. avortul se sprijină pe libertatea de a alege;
3. pruncul din pântecul femeii însărcinate era prezentat ca un proces impersonal, lipsit de viață proprie, ca o entitate lipsită de onestitate, o nonpersoană;
4. femeile trebuie să aibă control asupra propriului trup;
5. avorturile legale, făcute în condiții de siguranță, sunt dreptul fiecărei femei;
6. avortul este o decizie personală la care participă femeia și medicul;
7. libertatea de a alege este un drept american elementar.

În baza acestora, Curtea Supremă de Justiție a SUA a decis că „avortul este un drept fundamental ce decurge din dreptul la intimitate și libertatea de alegere”<sup>15)</sup>.

Acest succes rapid și total, considerat „un câștig” în sfera drepturilor omului, care a spulberat două secole în care avortul în SUA a fost interzis prin lege și condamnat din punct de vedere moral, a dus la legalizarea avortului în toate cele 50 de state americane, indiferent de motiv și de luna de graviditate (se putea face avort până în luna a 9-a de sarcină).

Comparativ cu cazul american prezentat, cererea celor trei femei rezidente în Irlanda, care au reclamat statul irlandez că le-a încălcat drepturile, pentru că n-au avut posibilitatea să avorteze, aduce în discuție aceleași drepturi precum: dreptul femeii de a alege, dreptul la sănătate, dreptul de a decide asupra copilului nenăscut, dreptul la nediscriminare.

Astfel de demersuri au mari șanse de a sfârși victorioase prin manipulare, prin puterea juridică obligatorie ce a fost dată actelor, prin situarea acestora deasupra constituțiilor statelor europene și a legislațiilor naționale, prin încercările de a oficializa avortul prin tratatele internaționale, pentru a avea sub control și a face ineficiente juridic orice prevederi legislative interne potrivnice avortului.

Cazul *Roe vs. Wade* din SUA a adus în Europa nu numai o falsă victorie, ce n-a mai putut fi întoarsă din drum, dar a dezvăluit și căile prin care s-a ajuns la aceasta, precum și mijloacele care au arătat ulterior adevărata realitate a luptei pro-avort<sup>16)</sup>.

Din cauza subordonării legislației interne celei europene, statele europene pierd în favoarea suprastatului european sprijinul legislației naționale, care le permite să hotărască după propriile interese sau să se opună deciziilor luate prin impunere, într-un cadru nedemocratic, fără consultarea lor prin referendum.

Întrucât drepturile sunt ale ființei umane din momentul concepției, și nu al nașterii, iar reacția statelor este deseori ineficientă sau lipsește, apărarea acestora a devenit misiunea societății civile organizată în Asociații Pro-Vita pentru Născuți și Nenăscuți, ce activează atât pentru recunoașterea dreptului la viață al ființei umane nenăscute (copilul), cât și al ființei umane născute (persoana).

<sup>14)</sup> *Ibidem.*

<sup>15)</sup> *Ibidem.*

<sup>16)</sup> *Ibidem.*

# CONȚINUTUL CONSTITUTIV AL INFRAȚIUNII DE SPĂLARE DE BANI

*Lect. univ. dr. Vali Ileana NIȚĂ  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova*

## § Constitutive content of the money laundering crime

### **Abstract:**

*The money laundering aims is the illicit origin of money disguising from committing crimes and requires any action designed to diminish the existence, nature and final disposal of dirty money.*

*Money laundering crime can be committed by several alternative ways through various actions or inactions, such as exchange, transfer, hiding, concealment, acquisition, possession or use of property. Common to these methods is the fact that all actions are in order and the knowledge that come from committing a crime.*

**Keywords:** the money laundering, crime constitutive content.

### **1. Caracterizarea generală a infracțiunii de spălare de bani**

Extinderea fenomenului corupției a condus, atât la nivel național, dar și internațional, la măsuri menite să împiedice activitățile infracționale, care pun în pericol chiar siguranța statului de drept. Având în vedere pericolele generate de acest fenomen, dar și necesitatea țării noastre de a se alinia la standardele Uniunii Europene, legiuitorul român a adoptat o serie de acte normative, condamnând asemenea activități infracționale.

În principiu, orice infracțiune de corupție, trafic de persoane sau droguri etc. poate genera produse care trebuie „spălate”. Spălarea de bani are drept obiectiv deghizarea originii ilicite a banilor din comiterea unor infracțiuni principale<sup>1)</sup> și presupune desfășurarea oricărei activități concepute să diminueze existența, natura și dispoziția definitivă asupra banilor murdari.

---

<sup>1)</sup> I. Lascu, *Spălarea banilor. Actualitate. Realitate socială și incriminare, în Dreptul nr. 6/2003, p. 3.*



## 2. Conținutul legal

Infrațiunea de spălare de bani a fost reglementată pentru prima dată în dreptul român în anul 1999, când a fost adoptată Legea nr. 21/1999. Dispozițiile Legii nr. 21/1999<sup>2)</sup> asupra prevenirii și pedepșirii spălării banilor definesc infrațiunea de spălare de bani, reglementau obligația instituită în sarcina instituțiilor de credit și financiare de a identifica clienții atunci când intră în relații sau conduc tranzacții suspecte sau cele al căror quantum depășea 10.000 euro, măsuri speciale de confiscare și înființarea Oficiului Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor, confiscarea specială a bunurilor care formează obiectul infrațiunii, enumerarea infrațiunilor generatoare de bani murdari (trafic de stupefiante, trafic de armament, nerespectarea regimului materialelor nucleare sau a altor materiale radioactive, falsificarea de monedă sau alte valori).

În luna mai 2002 a fost adoptată Legea nr. 263/2002 pentru ratificarea Convenției Europene privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infrațiunii, încheiată la Strasbourg la data de 8 noiembrie 1990. Ulterior, în luna decembrie 2002, a fost publicată Legea nr. 656/2002<sup>3)</sup> care incriminează fapte sub denumirea de „infrațiuni de spălare a banilor”, Legea nr. 21/1999 fiind abrogată.

În cadrul acestei legi, este extinsă lista persoanelor și instituțiilor care au obligația raportării tranzacțiilor suspecte, fiind înlocuită cerința ca raportarea să se facă pe baza unor dovezi clare cu existența unor „suspiciuni” că o operațiune care urmează a fi efectuată are drept scop spălarea de bani<sup>4)</sup>.

În ceea ce privește denumirea infrațiunii, aceea de spălare de bani, în literatura juridică<sup>5)</sup> s-a considerat că este mai potrivită denumirea de „spălarea produsului unor infrațiuni”, deoarece infrațiunea ar avea astfel o sferă mai largă de aplicare, aducând drept argument sistemul penal francez, care prin Legea nr. 627/1987 reglementa ca infrațiune de spălare de bani numai spălarea banilor proveniți din traficul de stupefiante, iar ulterior, în anul 1996, a fost incriminată spălarea produsului crimei sau delictului, infrațiune care acoperă o arie extinsă de fapte. Această teorie a fost criticată<sup>6)</sup>, întrucât legiuitorul a folosit acești termeni în sens larg, incriminând nu numai fapta de spălare de bani, dar și de spălare de bunuri în alte valori sau bani.

<sup>2)</sup> Legea nr. 21/1999 a fost publicată în M. Of. nr. 18 din 21 ianuarie 1999.

<sup>3)</sup> Legea nr. 656/2002 a fost publicată în M. Of. nr. 904 din 12 decembrie 2002 și a fost modificată prin Legea nr. 39/2003; Legea nr. 230/2005; O.U.G. nr. 35/2005, aprobată cu modificări prin Legea nr. 36/2006; Legea nr. 36/2006; Legea nr. 405/2006; Legea nr. 306/2007; Legea-cadru nr. 330/2009; O.U.G. nr. 26/2010; Legea nr. 187/2012.

<sup>4)</sup> Art. 5 alin. (1) din Legea nr. 656/2002: De îndată ce o persoană fizică, în cadrul activității desfășurate pentru o persoană juridică prevăzută la art. 10, sau una dintre persoanele fizice prevăzute la art. 10 are suspiciuni că o operațiune ce urmează să fie efectuată are ca scop spălarea banilor sau finanțarea actelor de terorism, informează persoana desemnată conform art. 20 alin. (1), care sesizează imediat Oficiul Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor, denumit în continuare Oficiul.

<sup>5)</sup> V. Dabu, S. Cățeanu, *Despre spălarea produsului infrațiunilor*, în *Dreptul* nr. 12/2002, p. 32.

<sup>6)</sup> L. Lascau, *Spălarea banilor. Actualitate. Realitate socială și incriminare*, în *Dreptul* nr. 6/2003, p. 7; H. Diaconescu, *Infrațiunile de corupție și cele legate sau în legătura cu acestea*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 305.

Potrivit art. 6 parag. 1 lit. c) din Convenția europeană privind spălarea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii, fiecare stat adoptă măsurile pentru incriminarea, între altele, a faptei constând în „achiziționarea, deținerea sau folosirea bunurilor despre care cel care le achiziționează, le deține sau le folosește știe, în momentul dobândirii lor, că acestea constituie produse”. Prin „produs” se înțelege orice avantaj economic obținut din infracțiuni; „bun” poate fi un bun de orice natură, corporal sau necorporal, mobil sau imobil.

Conform art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 656/2002, prin bunurile care fac obiectul infracțiunii de spălare a banilor, se înțelege bunurile corporale sau necorporale, mobile ori imobile, precum și actele juridice sau documentele care atestă un titlu ori un drept cu privire la acestea. Bunurile, care pot face obiectul spălării banilor sunt întotdeauna provenite din săvârșirea de infracțiuni și, practic, în majoritatea cazurilor, valorile murdare, „albite” prin această infracțiune, provin din infracțiuni ce produc prejudicii materiale mari.

Așadar, infracțiunea de spălare de bani este o infracțiune aflată în conexiune cu o „infracțiune principală” în sensul art. 1 lit. e) din Convenție, adică orice infracțiune în urma căreia produsele sunt rezultate și susceptibile de a deveni obiectul unei infracțiuni de spălare a banilor<sup>7)</sup>.

### 3. Conținutul constitutiv

Conținutul constitutiv al infracțiunii de spălare de bani desemnează totalitatea condițiilor prevăzute de art. 29 din Legea nr. 656/2002, cu privire la actul de conduită interzis, pe care le îndeplinește făptuitorul.

Acțiunea făptuitorului, componentă esențială a infracțiunii de spălare de bani trebuie analizată sub cele două aspecte: obiectiv și subiectiv.

#### 3.1. Latura obiectivă

Latura obiectivă a conținutului constitutiv al infracțiunii desemnează totalitatea condițiilor cerute de norma de incriminare privitoare la actul de conduită pentru existența infracțiunii<sup>8)</sup>.

Cercetarea laturii obiective a infracțiunii de spălare de bani se face prin examinarea elementelor sale componente, și anume: a. elementul material, b. urmarea imediată, c. legătura de cauzalitate între elementul material și urmarea imediată.

**a. Elementul material.** Infracțiunea de spălare de bani poate să fie săvârșită prin mai multe modalități alternative, prin diverse acțiuni sau inacțiuni, cum ar fi schimbarea, transferul, ascunderea, disimularea, dobândirea, deținerea sau folosirea de bunuri. Pentru existența infracțiunii este necesară doar existența uneia dintre modalități. În cazul săvârșirii mai multor acțiuni - inacțiuni, infracțiunea rămâne unică.

Elementul comun al acestor modalități este dat de faptul că toate acțiunile se fac cu scopul și cu știința că provin din săvârșirea unei infracțiuni.

<sup>7)</sup> ÎCCJ, s. pen., dec. nr. 3616 din 5 iulie 2007, [www.scj.ro](http://www.scj.ro).

<sup>8)</sup> C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 159.

Prima modalitate a infracțiunii de spălare de bani privește schimbarea sau transferul de bunuri, cunoscând că provin din săvârșirea de infracțiuni, în scopul ascunderii sau al disimulării originii ilicite a acestor bunuri sau în scopul de a ajuta persoana care a săvârșit infracțiunea din care provin bunurile să se sustragă de la urmărirea penală, judecata sau executarea pedepsei [art. 29 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 656/2002].

Pentru a vorbi de existența infracțiunii în această modalitate este necesar ca subiectul activ să cunoască că obiectul material al infracțiunii este produsul infracțiunii de spălare de bani și că acest transfer sau schimbul de valori se face în scopul ascunderii sau disimulării originii ilicite a produsului infracțiunii sau pentru a ajuta persoana care a săvârșit infracțiunea din care provin bunurile să se sustragă de la urmărire, judecată sau executarea pedepsei.

Prin schimbarea și transferul de valori se înțeleg activități precum operațiunea de deplasare a capitalului sub diferite forme de la o țară la alta, cu sau fără aparență legală (deplasare efectivă sau scriptică ori electronică); deplasări de valută sau deize cu aparență de plăți pentru diferite mărfuri sau chiar plăți, cumpărarea de obligații, efecte de comerț, deschidere de credite comerciale, depuneri la bănci<sup>9)</sup>, credite bancare; transferuri de fonduri în cazul plăților prin card; unele transferuri de fonduri prin sistemul Western Union; diferite forme de decontări interne și internaționale: cecuri, ordine de plată, dispoziții de plată, dispoziții de încasare; folosirea unor instrumente de plată precum creditul documentar cu formele sale (creditul și scrisoarea de credit comercial), scrisoarea de credit simplă, acreditivul simplu și ordinul de plată; decontarea pe card<sup>10)</sup>.

Așadar, schimbarea bunului provenit din săvârșirea de infracțiuni echivalează cu înlăturarea provenienței ilicite a acestuia și înlocuirea cu alte trăsături care să releve aparența unei surse licite.

Transferarea bunurilor, ca modalitate alternativă de realizare a elementului material al laturii obiective a infracțiunii presupune trecerea de la un subiect la altul, fie persoană fizică, fie persoană juridică, a bunurilor provenite din săvârșirea infracțiunii.

A doua modalitate a infracțiunii de spălare de bani constă în ascunderea sau disimularea adevăratei naturi a provenienței, a situării, a dispoziției, a circulației sau a proprietății bunurilor ori a drepturilor asupra acestora, cunoscând că bunurile provin din săvârșirea de infracțiuni [art. 29 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 656/2002].

Atât acțiunea de ascundere, cât și cea de disimulare se referă la un ansamblu de fapte concrete prin care subiectul activ urmărește să confere o aparență de legalitate produsului infracțiunilor. Ascunderea sau disimularea au în vedere atât bunul material, dar și drepturile asupra bunului material provenit din infracțiunea principală.

Activitatea de ascundere sau disimulare a adevăratei naturi a provenienței bunurilor sau a drepturilor asupra acestora presupune săvârșirea de acte menite să denatureze originea reală și a drepturilor efective asupra bunurilor provenite din infracțiunea principală cărora li se atribuie o identitate falsă, aparent legitimă.

<sup>9)</sup> ÎCCJ, s. pen., dec. nr. 1386 din 11 martie 2004, [www.scj.ro](http://www.scj.ro): În speță, inculpații au dobândit sume de bani din complicitate la infracțiunea de luare de mită și, pentru a li se pierde urma, le-au schimbat în valută și le-au depus la bancă pe numele altor persoane.

<sup>10)</sup> I. Lascu, *Spălarea banilor. Actualitate. Realitate socială și incriminare*, în *Dreptul* nr. 6/2003, p. 16.

Prin activitatea de ascundere sau disimulare a adevăratei naturi a situații ne raportăm la denaturarea locului ocupat de bunul respectiv, făcându-se să se creadă că ocupă un alt loc decât cel real.

În cazul denaturării dispoziției asupra bunurilor sau drepturilor asupra acestora, subiectul activ al infracțiunii ascunde caracterul real al dispoziției date intermediarului de a executa o anumită operațiune financiară, lăsându-se să se creadă că această dispoziție privește o operațiune licită.

În ceea ce privește circulația bunurilor trebuie să avem în vedere actele de denaturare a adevăratei circulații a valorilor asupra bunurilor, pretinzându-se că această circulație are în vedere numai valorile dobândite în mod licit.

Pentru ascunderea adevăratei naturi a provenienței bunurilor, tehnicile de spălare sunt diverse: deschiderea unui număr mare de conturi și dispunerea de transferuri repetate ale unor sume mari de bani între aceste conturi, astfel încât fiecare sumă este mică, însă totalul sumei este semnificativ, depuneri frecvente de numerar efectuate în contul clienților de către terțe persoane, fără legătură aparentă cu destinatarul contului<sup>11)</sup>.

A treia modalitate a infracțiunii de spălare de bani constă în dobândirea, deținerea sau folosirea de bunuri, cunoscând că acestea provin din săvârșirea de infracțiuni [art. 29 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 656/2002].

Dobândirea de bunuri presupune obținerea dreptului de proprietate asupra acestora în modurile prevăzute de lege. Deținerea, fiind o stare de fapt, presupune posesia bunului de către o anumită persoană, iar folosirea constă în utilizarea sau întrebuințarea bunului de făptuitor atât pentru sine, cât și pentru altul.

În raport cu acest conținut constitutiv, pentru existența infracțiunii de spălare de bani este necesar să se stabilească, pe baza probelor certe, că bunurile dobândite, deținute sau folosite provin din săvârșirea de infracțiuni. De asemenea, este necesar ca subiectul activ al infracțiunii să cunoască această împrejurare, nefiind suficientă constatarea că cel de la care bunurile au fost dobândite este cercetat pentru săvârșirea de infracțiuni.

Dispoziția art. 29 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 656/2002 nu trebuie confundată cu conținutul infracțiunii de tănuire, prevăzută de art. 270 C. pen.<sup>12)</sup>. Cele două infracțiuni, cea de spălare de bani și cea de tănuire, sunt definite de legiuitor în mod asemănător, în sensul că se pedepsește fapta de primire, dobândire, transformare a unui bun, cunoscând că acesta provine dintr-o infracțiune.

Distincția între cele două infracțiuni, care au ca finalitate dobândirea unor

<sup>11)</sup> ÎCCJ, s. pen., dec. nr. 609 din 19 februarie 2014, www.scj.ro: În speță, strategiile multiple de disimulare utilizate de inculpați (expedierea unor sume de bani cu acte false, fragmentarea și rularea sumelor de bani prin mai multe conturi, deschise pe numele mai multor persoane la diferite unități bancare, achiziționarea unui număr impresionat de imobile - 69 apartamente pe numele unor rude sau apropiați, urmată de revânzarea acestora, uneori la prețuri inferioare celor de achiziție și a celor de piață demonstrează, în mod neechivoc, preocuparea acestora de a ascunde sursa fondurilor, tocmai datorită provenienței ilicite a sumelor de bani obținute din comiterea de infracțiuni la legea comerțului electronic.

<sup>12)</sup> Art. 270 C. pen. - Tănuirea: „Primirea, dobândirea, transferarea ori înlesnirea valorificării unui bun, de către o persoană care fie a cunoscut, fie a prevăzut din împrejurările concrete că acesta provine din săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, chiar fără a cunoaște natura acesteia, se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani sau cu amenda...”.

bunuri, rezultă din modalitatea de obținerea a acestora. Astfel, în cazul infracțiunii de spălare a banilor trebuie ca banii să fie negri, adică să provină dintr-o infracțiune anterioară, în vreme ce în cazul tănuirii dobândirea se face cu bani curați, dobânziți din venituri licite, doar că bunurile pe care le cumpără sunt rezultatul unor infracțiuni despre care cumpărătorul are știință<sup>13)</sup>.

Conform art. 17 lit. e) din Legea nr. 78/2000, sunt în legătură directă cu infracțiunile de corupție sau cu infracțiuni asimilate acestora infracțiunile de spălare a banilor prevăzute în Legea nr. 656/2002, atunci când banii, bunurile sau alte valori provin din săvârșirea unei fapte prevăzute în Secțiunile a 2-a și a 3-a din Legea nr. 78/2000, cum este infracțiunea de trafic de influență. În cazul banilor, al bunurilor sau al altor valori provenite din săvârșirea infracțiunii de trafic de influență, prevederile art. 17 lit. e) din Legea nr. 78/2000 nu pot fi reținute în sarcina subiectului activ al infracțiunii de trafic de influență, întrucât, în acest caz, subiectul activ al infracțiunii de trafic de influență nu poate fi același cu subiectul activ al infracțiunii de spălare de bani<sup>14)</sup>.

În cazul în care s-a săvârșit o infracțiune de spălare a banilor sau de finanțare a actelor de terorism, luarea măsurilor asigurătorii este obligatorie (art. 32 din Legea nr. 656/2002).

**b. Urmarea imediată.** Urmarea socialmente periculoasă a infracțiunii o reprezintă trecerea bunului ce provine dintr-o infracțiune în altă sferă patrimonială, astfel încât bunul, produs al unei fapte penale, capătă o aparență licită. Odată cu această schimbare a situației de drept a bunului ce formează obiectul material al infracțiunii apare și urmarea socialmente periculoasă pentru relațiile sociale protejate de legea penală.

**c. Legătura de cauzalitate** între elementul material și urmarea imediată. Între elementul material și urmarea imediată a infracțiunii trebuie să existe un raport de determinare de la cauză la efect, întregindu-se astfel latura obiectivă a infracțiunii. Legătura de cauzalitate va exista numai în măsura în care urmarea imediată a fost determinată de acțiunea care constituie elementul material al laturii obiective.

### 3.2. Latura subiectivă

Latura subiectivă cuprinde totalitatea condițiilor cerute de lege cu privire la atitudinea conștiinței și voinței infractorului față de faptă și urmările acesteia, pentru caracterizarea faptei ca infracțiune.

Fapta de spălare a banilor are ca element subiectiv numai intenția, forma culpei nefiind cunoscută în cazul acestor infracțiuni.

Forma intenției, directă sau indirectă, depinde de modalitatea de săvârșire a infracțiunii.

<sup>13)</sup> De exemplu, pe de o parte, achiziționarea unui imobil cu bani negri proveniți din săvârșirea unei infracțiuni de trafic de droguri, de persoane, evaziune fiscală etc. Și, pe de altă parte, achiziționarea unui autoturism furat, dar cu bani câștigați cinstit, din salariu sau alte surse licite de venit.

<sup>14)</sup> ÎCCJ, s. pen., dec. nr. 3616 din 5 iulie 2007, [www.scj.ro](http://www.scj.ro).

Astfel, în prima modalitate de săvârșire a infracțiunii de spălare de bani, cea prevăzută la litera a, forma de vinovăție este intenția directă, calificată de scop, legea prevăzând în mod expres că acțiunile care definesc elementul material al laturii obiective, respectiv schimbarea sau transferul de valori cunoscând că acestea provin din infracțiune, trebuie săvârșite în scopul ascunderii sau disimulării originii ilicite a acestora, precum și în scopul de a ajuta persoana care a săvârșit infracțiunea din care provin bunurile să se sustragă de la urmărirea penală, judecata sau executarea pedepsei.

Intenția directă calificată prin scop presupune așadar întrunirea următoarelor elemente constitutive: cunoașterea că obiectul „spălării” corporal sau necorporal este produs al unor infracțiuni principale; motivul rezultat din dorința de a folosi bunul produs al infracțiunii, direct sau indirect, fără riscul de a fi descoperit; scopul constând în ascunderea sau disimularea originii ilicite a produsului infracțiunii principale, precum și de a ajuta persoana care a săvârșit infracțiunea principală să se sustragă de la urmărirea penală, judecată sau executarea pedepsei.

Nu este exclusă participația, cu condiția ca toți participanții să acționeze cu intenție directă, ceea ce condiționează, în mod obligatoriu, existența unui scop bine determinat.

Pentru existența infracțiunii nu este necesară realizarea scopului prevăzut de lege, fiind suficient numai ca subiectul activ să acționeze în acest sens.

Deși în literatura de specialitate<sup>15)</sup> s-a exprimat opinia conform căreia și în cazul celor două modalități de săvârșire a infracțiunii de spălare de bani prevăzute la literele b și c forma de vinovăție este intenția directă, calificată de scop, aceasta rezultând implicit din definirea elementului material al laturii obiective prin termenii „ascunderea” sau „disimularea”, apreciem că forma de vinovăție în cazul acestor modalități de săvârșire a infracțiunii o reprezintă intenția, atât cea directă, cât și indirectă, întrucât legiuitorul în aceste situații nu a mai stabilit condiția ca, săvârșind faptele care definesc elementul material al laturii obiective, subiectul activ să acționeze cu intenția directă calificată de scop.

Tentativa este posibilă în cazul tuturor infracțiunilor incriminate, dar legea pedepsește numai tentativa la modalitățile incriminate la art. 29 din Legea nr. 656/2002.

---

<sup>15)</sup> V. Dabu, A.M. Gașanu, *Considerații de ordin juridic asupra infracțiunilor de spălare a banilor reglementate în Legea nr. 21/1991*, în Pro Lege nr. 1/2001, p. 27-28, Ministerul Public, Parchetul de pe lângă CSJ.

# Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem  
alegerea lor...

**TU?**



Cursuri universitare • Tratate • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

**[www.ujmag.ro](http://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](mailto: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](http://www.universuljuridic.ro)