

**Centrul de studii și cercetări de drept privat – CSCDP
Centrul de cercetări juridice fundamentale
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova**

**REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE
NR. 1/2017**

**Coordonator număr: RSJ 1/2017
Lect. univ. dr. Raluca Voinea**



Vol. 31 (1/2017)

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**
Copyright © 2017 **S.C. Universul Juridic S.R.L.**
Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin
S.C. Universul Juridic S.R.L.

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

REDACȚIE: tel./fax: 021.314.93.13
tel.: 0732.320.666
email: redactie@universuljuridic.ro

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

www.universuljuridic.ro

ISSN: 1454-3699

Principiile de publicare sunt postate pe site-ul revistei:
<http://drept.ucv.ro/RSJ>
Materialele pot fi trimise în vederea publicării pe adresa:
rsj@universuljuridic.ro

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

Redactor-șef:

Prof. univ. dr. **SEVASTIAN CERCEL** – Decan al Facultății de Drept,
Universitatea din Craiova

Editor executiv:

Prof. univ. dr. **LUCIAN BERND SĂULEANU** – Facultatea de Drept,
Universitatea din Craiova

Secretar de redacție:

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

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. **Nicolas Queloz** – Fost decan al Facultății de Drept, Fost Președinte al Asociației Criminologilor de Limbă Franceză
- Prof. univ. dr. **Flavius Baias** – Universitatea din București, Decan al Facultății de Drept
- Prof. univ. dr. **Dan Claudiu Dănișor** – Director Școala Doctorală a Facultății de Drept a Universității din Craiova
- Prof. univ. dr. **Gabriel Boro** – Rector al Universității „Nicolae Titulescu” din București
- Prof. univ. dr. **Eugen Chelaru** – Universitatea din Pitești
- 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
- 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** – Rector al Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
- Prof. univ. dr. **Paul Vasilescu** – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Florin Streteanu** – Decan al Facultății de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca
- Prof. univ. dr. **Lucian Bercea** – Decan al Facultății de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara
- Prof. univ. dr. **Mircea Duțu** – Directorul Institutului de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
-

COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Prof. univ. dr. **Gabriel Olteanu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Călina Jugastru**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Daniel Ghiță**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Daiana Maura Vesmaș**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Adrian Circa**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Septimiu Vasile Panainte**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Dan Constantin Măță**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Viorel Găină**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Lavinia Elena Stuparu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Mădălin Savu Ticu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Florin Mangu**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Maria Lavinia Tec**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Mădălina Cristina Dănișor**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept



*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

The current framework of european union-turkey legal relationship <i>Bahar Yesmin DENIZ</i>	9
The vetting of judges and prosecutors in Albania between success and failure <i>Bledar ILIA, Marsela ILIA</i>	16
The efficiency of using public funds or the balance between the resources used and the public service provided <i>Bogdan FLOREA</i>	22
The strategic importance of international investments in the field of mining and international law <i>Cristina Elena POPA TACHE</i>	34
Despre dreptul de preempțiune reglementat de Legea nr. 17/2014 <i>Eugen CHELARU, Adriana PÎRVU</i>	49
Autonomia societății civile ca garanție a libertății <i>Dan Claudiu DĂNIȘOR</i>	63
Sentința arbitrală în reglementarea Noului Cod de Procedură Civilă <i>Sevastian CERCEL, Ștefan SCURTU</i>	75
Considerații referitoare la Decizia nr. 19/2016, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, cu privire la interpretarea și aplicarea art. 457 alin. 4 din Codul de Procedură Civilă <i>Sergiu STĂNILĂ, Claudia ROȘU</i>	88
Forme de participare la comiterea infracțiunilor aflate în competența tribunalelor penale internaționale <i>Ioana-Celina PAȘCA</i>	103
Problema posesiei în contextul inventarierii bunurilor imobile de către autoritățile publice locale <i>Marian RUSSO, Leonid CHIRTOACĂ</i>	118
Suveranitatea partajată: schimbare și continuitate a instituției suveranității în cadruL Uniunii Europene <i>Ion GUCEAC, Ina VÎRTOSU</i>	128

Vătămarea corporală din culpă. Controverse și inechități <i>Tiberiu MEDEANU</i>	145
Aplicarea principiului precauției în domeniul protecției habitatelor naturale. Din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene <i>Ramona DUMINICĂ</i>	151
Imaginea animalului în drept <i>Diana DĂNIȘOR</i>	165
Hotărâre judecătorească de anulare a unui act normativ. Efecte <i>Eugen Ion TIȚOIU</i>	175
Aspecte privind formele procedurale prelabile adoptării sau emiterii actelor administrative <i>Dan Constantin MĂȚĂ</i>	189
Procedura specială reglementată de Legea nr. 255/2010 <i>Ana-Maria NICOLCESCU</i>	200
Unele aspecte privind informația în materie de mediu <i>Maria-Cristina PETRE</i>	219

CONTENTS

The current framework of european union-turkey legal relationship <i>Bahar Yesmin DENIZ</i>	9
The vetting of judges and prosecutors in Albania between success and failure <i>Bledar ILIA, Marsela ILIA</i>	16
The efficiency of using public funds or the balance between the resources used and the public service provided <i>Bogdan FLOREA</i>	22
The strategic importance of international investments in the field of mining and international law <i>Cristina Elena POPA TACHE</i>	34
About the right of first refusal regulated by Law nr. 17/2014 <i>Eugen CHELARU, Adriana PÎRVU</i>	49
The autonomy of the civil society as a guarantee of liberty <i>Dan Claudiu DĂNIȘOR</i>	63
The arbitral award as regulated by the New Code of Civil Procedure <i>Sebastian CERCEL, Ștefan SCURTU</i>	75
Considerations referring the decision no. 19/2016 issued by high court of cassation and justice in regard to the interpretation and application of the provisions of the art. 457 paragraph 4 of romanian civil procedure code <i>Sergiu STĂNILĂ, Claudia ROȘU</i>	88
Forms of participation in the perpetration of crimes found within the jurisdiction of the international criminal tribunals <i>Ioana-Celina PAȘCA</i>	103
The problem of the possession in the context of an immovable property stocktaking/inventory count by the (public) local authorities <i>Marian RUSSO, Leonid CHIRTOACĂ</i>	118
Shared sovereignty: change and continuity of the institution of sovereignty within the European Union <i>Ion GUCEAC, Ina VÎRTOSU</i>	128

Personal injury negligence. Controversy and just low <i>Tiberiu MEDEANU</i>	145
The application of the principle of precaution in the area of the conservation of natural habitats <i>Ramona DUMINICĂ</i>	151
The arbitral award as regulated by the New Code of Civil Procedure <i>Diana DĂNIȘOR</i>	165
Court decision to annul a normative act. Effects <i>Eugen Ion TIȚOIU</i>	175
About prior procedural forms of adopting or issuing administrative acts <i>Dan Constantin MĂȚĂ</i>	189
The special procedure regulated by Law nr. 255/2010 <i>Ana-Maria NICOLCESCU</i>	200
Some aspects on environmental information <i>Maria-Cristina PETRE</i>	219

THE CURRENT FRAMEWORK OF EUROPEAN UNION-TURKEY LEGAL RELATIONSHIP¹

Lect. univ. Bahar Yesmin DENIZ

A. In General

Turkey is a candidate state for accession to the European Union (EU). Although accession negotiations between the EU and Turkey continue since 2005, the legal basis of the relationship goes back to 1960's to Ankara Association Agreement. In this context, the legal relationship is over 50 years old; stands in a „unique” concept. The legal relationship between the EU and Turkey is „*sui generis*” in terms of Turkey being the only country part of the „Customs Union”² prior being admitted to the EU as a member state. Prior Turkey's official application to be a member of the EU in 1987, the legal relationship already started to have legal reflections from 1963 in this framework.

In the process of accession negotiations continuing under 33 Chapters parallel to the „*EU Acquis*”, „Cyprus” issue has been an important aspect concerning some chapters. In the recent period, mass flow of people from Syria to Turkey has been one of the priorities in the legal relationship between the EU and Turkey; there are more than 3 million Syrians present in Turkey. A „re-admission agreement” has been signed between the EU and Turkey with many complications to be taken into consideration carefully in this respect. The „visa-liberalisation” for Turkish citizens has been on the agenda within the negotiation process of this „re-admission agreement” although it may be submitted that on legal basis, relevant rights of Turkish citizens should already have been secured in the EU.

In this context, the legal basis of the EU-Turkey relationship with perspectives of Turkey's accession to the EU is to be focused on in this study. The „re-admission agreement” signed between the EU and Turkey together with the rights of Turkish citizens in terms of „visa exemption” are to be highlighted to reflect some of the complications. As a conclusion, some perspectives are put forward regarding future aspirations of the EU-Turkey legal relationship.

¹ Bahar Yesim Deniz, LLM Essex.

² For the „Customs Union” see https://europa.eu/european-union/topics/customs_en.

B. Some Specifics from the Legal Basis of EU-Turkey Relationship

The legal relationship between the EU and Turkey finds its basic legal document as an international agreement which is Ankara Association Agreement of 1963³. It is stipulated in Article 2/1 of Ankara Agreement that: *„The aim of this Agreement is to promote the continuous and balanced strengthening of trade and economic relations between the Parties, while taking full account of the need to ensure an accelerated development of the Turkish economy and to improve the level of employment and the living conditions of the Turkish people”*. In this regard, the aim of the „association” includes improving the *„living conditions of the Turkish people”* as a general issue besides other mainly economic perspectives. The *„Living conditions”* in this respect may be considered as every aspect pertaining to the life of a nation including issues of „human rights” besides other topics. Therefore, with the perspective of this provision, the EU is bound to work in terms of at least not working for the deterioration of relevant rights of *„Turkish people”*.

According to Article 28 of Ankara Association Agreement, this legal relationship has a vision or „Turkish membership to the EU” since the provision stands as: *„As soon as the operation of this Agreement has advanced far enough to justify envisaging full acceptance by Turkey of the obligations arising out of the Treaty establishing the Community, the Contracting Parties shall examine the possibility of the accession of Turkey to the Community”*. Therefore, far before Turkey’s application to be admitted as a member to the EU in 1987, with Ankara Association Agreement dated 1963, *„possibility of the accession of Turkey to the Community”* has been an issue stipulated in an international agreement which binds the EU.

In this framework, in consecutive articles of Ankara Association Agreement, namely, Article 12, 13 and 14, there are important provisions with regard to central policies of the EU - internal market policies - to secure free trade as far as possible. In this respect, Article 14 of Ankara Association Agreement reads that: *„The Contracting Parties agree to be guided by Articles...of the Treaty establishing the Community for the purpose of abolishing restrictions on freedom to provide services between them”*. So, the EU is under an obligation to work towards *„abolishing restrictions on freedom to provide services”* for Turkish citizens. A more accurate provision on this issue is enshrined in Article 41/1 of 1970 Additional Protocol⁴ which was adopted as an international agreement for the implementation of Ankara Association Agreement. The relevant provision is as follows: *„The Contracting*

³ For the text of Ankara Agreement see https://www.ab.gov.tr/117_en.html.

⁴ For the text of the Additional Protocol see https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/EEC-Turkey_association_agreements_and_protocols_and_other_basic_texts.pdf.

Parties shall refrain from introducing between themselves any new restrictions on the freedom of establishment and the freedom to provide services”.

In this regard, Article 41/I of the Additional Protocol on „freedom to provide services” for Turkish citizens is an important provision compelling the EU member states not to regulate and implement „new restrictions” for Turkish citizens in the field. After adoption of the Additional Protocol, the Court of Justice of the European Union’s interpretation of this provision is a positive reflection in terms of the rights of Turkish citizens. The „*Soysal Judgment*”⁵ given after a „*Preliminary Ruling Procedure*” is an important stage ensured in this sense. In the „*Soysal Judgment*”, the lack of an obligation about visa on the entry date of the Additional Protocol and „*direct effect*”⁶ of Article 41/I of the Additional Protocol are confirmed⁷. In this regard, it is guaranteed by court of the EU that Turkish citizens may rely on Article 41/I of the Additional Protocol to put forward that no visa requirement is to be requested from Turkish citizens by the authorities of the EU member states which had no visa obligations for Turkish citizens with respect to „*free movement of services*” on the date the Additional Protocol entered into force. In the „*Soysal Judgment*”, it is also verified that international agreements - just like the Additional Protocol - signed by the EU are „higher in rank” than the secondary law⁸ - law of the EU institutions - of the EU. Therefore, this Agreement is of essential importance to be respected and abided by the EU in this sense too.

C. Features of Accession Process

There are important legal documents to cite in terms of Turkey’s accession process to the EU which started after Turkey’s membership application to the EU in 1987. Turkey became part of the EU „Customs Union” with the Association Council decision of 1/95⁹ in 1996 during the process.

Related with the application of Turkey to the membership of the EU, in the EU Helsinki Summit of 1999¹⁰, it is decided that: „*Turkey is a candidate State destined*

⁵ For the text of Mehmet Soysal, İbrahim Savatlı v. Bundesrepublik Deutschland, joined party: Bundesagentur für Arbeit, 19 February 2009, see <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62006CJ0228&lang=en&type=NOT&ancre=>

⁶ For the „*Direct Effect*” principle see <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/direct-effect>.

⁷ Para 45.

⁸ For the EU secondary law see <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14534&from=EN>.

⁹ For the text of the Association Council Decision of 1/95 of see [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:21996D0213\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:21996D0213(01)&from=EN).

¹⁰ For the EU 1999 Helsinki Summit Conclusions see http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/ACFA4C.htm.

to join the Union on the basis of the same criteria as applied to the other candidate States". The criteria for membership is taken in terms of EU Copenhagen Summit of 1993 which is in the following framework: *„Membership requires that the candidate country has achieved stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection for minorities, the existence of a functioning market economy, as well as the capacity to cope with competitive pressure and market forces within the Union. Membership presupposes the candidate's ability to take on the obligations of membership including adherence to the aims of political, economic and monetary union. The Union's capacity to absorb new members, while maintaining the momentum of European integration, is also an important consideration in the general interest of both the Union and candidate countries*".

So, there is a specific emphasis on the issue of „human rights” in the criteria for membership to the EU. The other important aspect in this statement of the EU may be submitted as the EU's *„capacity to absorb new members*". In this regard, even all the criteria is met by a state, if the EU is not in a *„capacity to absorb new members*", it may choose not to admit the state concerned for membership. Turkey's huge population being just after Germany as a prominent member of the EU may be considered as an important aspect in this regard. The population of a country affecting the composition of the institutions of the EU - for instance the European Parliament - especially during the flow of the decision-making procedures may be an important „handicap” in this context.

Another important declaration in EU Helsinki Summit of 1999 is: *„...the European Council recalls that compliance with the political criteria laid down at the European Copenhagen Council is a prerequisite for the opening of accession negotiations and that compliance with all the Copenhagen criteria is the basis for accession to the Union*". In Turkey's accession process, in parallel, fulfilment of *„Copenhagen Political Criteria*"¹² declared in EU Copenhagen Summit of 1993 has been a *„prerequisite for the opening of accession negotiations*". The accession negotiations started after Turkey's fulfilment of the *„Copenhagen Political Criteria*" in *„sufficient*" terms¹³. This perspective is put forward by the EU Copenhagen Summit of 2002¹⁴ where it is decided that: *"If the European Council in December 2004, on the basis of a report and a recommendation from the Commission, decides that Turkey fulfills the Copenhagen political criteria, the European Union*

¹¹ Para. 12.

¹² For the EU „Copenhagen Political Criteria” see https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/glossary/terms/accession-criteria_en.

¹³ For Political Reforms in Turkey see http://www.ab.gov.tr/45871_en.html.

¹⁴ For the EU 2002 Copenhagen Summit Conclusions see http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/73842.pdf.

will open accession negotiations with Turkey without delay¹⁵. The process is completed in the EU Brussels Summit of 2004¹⁶ where it is decided that: „It (The European Council) decided that ... Turkey sufficiently fulfils the Copenhagen political criteria to open accession negotiations provided that it brings into force ...specific pieces of legislation... It requested the Council to agree on that framework with a view to opening negotiations on 3 October 2005¹⁷”.

The negotiation process is ongoing on 33 chapters currently. „Cyprus” is an important issue in the flow of negotiations since the perspective of the EU is reflected in the EU Brussels Summit of 2006 as: „...the Council agrees that the Member States ... will not decide on opening chapters covering policy areas relevant to Turkey’s restrictions as regards the Republic of Cyprus until the Commission verifies that Turkey has fulfilled its commitments related to the Additional Protocol...”¹⁸.

The annual EU „Progress Reports” reflecting the positive and negative aspects with regard to compliance of relevant candidate countries for accession with their commitments are important to cite. In this respect, some EU-Turkey chapters of accession negotiations according to the latest EU „Progress Report for Turkey” of 2016¹⁹ are: *Chapter 1: Free Movements of Goods, Chapter 3: Rights of Establishment and Freedom to Provide Services Chapter 23: Judiciary and Fundamental Rights, Chapter 24: Justice, Freedom and Security, Chapter 29: Customs Union, Chapter 30: External Relations*²⁰. Turkey is in the process to align national law with the commitments relevant to the „EU Acquis”²¹. Some titles from the latest EU „Progress Report for Turkey” of 2016 in terms of the „Political Criteria and Enhanced Political Dialogue” are: *Democracy, Public administration reform, Rule of law, Human rights and the protection of minorities, Regional issues and international obligations*²². Apart from these titles, some titles relevant to „Chapter 23: Judiciary and Fundamental Rights” are: *Functioning of the judiciary, Anti-corruption policy, Fundamental rights and Freedom of expression*²³.

¹⁵ Para. 19.

¹⁶ For the EU 2004 Brussels Summit Conclusions see http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/83201.pdf.

¹⁷ Para. 22.

¹⁸ See http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-06-352_en.htm?locale=en.

¹⁹ For the text of the EU „Progress Report for Turkey” of 2016 see https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2016/20161109_report_turkey.pdf.

²⁰ For the chapters of EU-Turkey process of accession negotiations see https://www.ab.gov.tr/62_en.html

²¹ For the „EU Acquis” see https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/glossary/terms/acquis_en.

²² Pages 8-31.

²³ Pages 62-77.

D. Illegal Migration and Re-Admission Agreement

The EU and Turkey signed a «re-admission agreement»²⁴ which has different complications. According to Article 1/n of the „Re-Admission Agreement” between the European Union and Turkey, *„Readmission’ shall mean the transfer by the Requesting State and admission by the Requested State of persons (nationals of the Requested State, third country nationals or stateless persons) who have been found illegally entering, being present in or residing in the Requesting State, in accordance with the provisions of this Agreement”.*

In terms of national law, there is the „Act on Foreigners and International Protection” („Act”)²⁵ which entered into force in Turkey in 2014 relevant to the issue. In this context, according to Article 3/1/1 of the „Act”, *„Migration” includes as “regular migration whereby foreigners’ legally enter into, stay in or exit from Turkey as well as irregular migration whereby foreigners enter into, stay in or exit from Turkey through illegal channels and work in Turkey without a permit; as well as international protection”.*

Due to the vast amount of „Migration” from Syria to Turkey as a „transit country” to the EU member states, especially in the last years, Turkey’s accession process has been affected by the issue. In EU-Turkey accession negotiations process, the „re-admission agreement” in this respect is one of the priority issues put forward vs. „visa liberalization policy”. Since, as for the „liberalisation of visa policy”, Turkish citizens have the right to enter the EU without visa in the legal scope outlined above, the „logic” relevant to this process may be considered as „inexplicable” in this sense.

E. Remarks

In over 50 years legal relationship with the EU, Turkey is in the path of the accession negotiation process to the EU. Although there are human rights concerns about Turkey as put forward in the latest 2016 „Progress Report” underlined in this study, there are also aspects to be considered relevant to the EU side in the process. As outlined in this study, one aspect is that although there is the verification of relevant rights of Turkish citizens in the field of „free movement of services”, there are still problems in terms of „visa liberalisation policy” of the EU. The link between the „visa liberalisation policy” and „re-admission agreement” can not be considered in this sense.

²⁴ Approved and promulgated in the Official Gazette of 2.8.2014 with no. 29076.

²⁵ For the text of the „Act on Foreigners and International Protection” see <http://www.lawsturkey.com/law/law-on-foreigners-and-international-protection-6458>.

The aim of the EU is already stipulated in an international agreement of 1960's as „*improving the living conditions of Turkish people*” and „*membership of Turkey to the EU*” is already a target from 1960's. So, the implementation of rights of Turkish citizens is a „must” for the EU pursuant to its obligations in terms of „*pacta sunt servanda*” principle at least with the basic logic of international law.

THE VETTING OF JUDGES AND PROSECUTORS IN ALBANIA BETWEEN SUCCESS AND FAILURE

Bledar ILIA, PhD

*Senior Lecturer at University College Logos, Tirana,
Albania*

Marsela ILIA, Consilier Juridic

Abstract

The overwhelming process of vetting was not accepted with great enthusiasm by the candidates, which is evidenced by the very low number of applications. This low indicator once again witnessed the lost faith that Albania does not only have problems with justice but also is unable to apply fair evaluation processes to candidates who will later perform the evaluation of prosecutors and judges.

Law no. 84/2016 for the pending re-evaluation of judges and prosecutors in the Republic of Albania was considered one of the most famous laws that will bring about great change. According to this law, re-evaluation institutions are targeted.

It seems to me that the IMO itself has difficulties to orientate in the Albanian territory for which it has pledged to clean it up to the end. Time will show if the virus is fought by the virus because the antidotes were badly abused early.

Keywords: Vetting, justice, IOM, re-evaluation, corruption, change, reform, organs, candidacy.

Albania has unfortunately returned to one of the most discussed countries in the Balkans and has often been criticized for a corrupt judiciary. Over the years, there has been no political will on the part of the parties which, even though they have changed their powers, has not yet brought about a change in the judiciary, which continues to bloom even nowadays.

Although foreigners have consistently supported and have been in favor of judicial reform as the Euralius mission did not bring a positive impact on Albanian justice, which again marked the same corruption quotas.

It seems that foreigners are losing their patience and for this reason they have decided to take into consideration by themselves the Albanian justice by proposing the so-called vetting law to be submitted to all prosecutors and judges of Albania.

Law no. 84/2016 on the re-evaluation of judges and prosecutors in the Republic of Albania was considered one of the most famous laws that will bring about great change. According to this law, the following institutions are to be established, which are called reestablishment institutions.

1. The evaluation process of the re-evaluation entities is carried out by the Commission, the Appellate Panel, the public commissioners, in cooperation with international observers.

2. The Appellate Panel reviews complaints against the Commission's decisions and has a 9-year mandate.

3. The Appellate Panel during its mandate, in accordance with the Constitution, the Law „On the Organization and Functioning of the Constitutional Court” and the legislation governing the issues of the rule of law system, has jurisdiction to consider: a) disciplinary violations of the members of the Court The Constitutional Court, the High Judicial Council, the High Prosecution Council, the General Prosecutor and the High Inspector of Justice; b) Appeals against the decisions of the High Judicial Council, the High Council of Prosecutor's Office and the High Inspectorate of Justice for the imposition of disciplinary measures against judges, prosecutors and other inspectors.

Candidates must fulfill the following criteria:

A member of the Commission and a Judge of the Appellate Panel shall be elected Albanian citizen who meets the following criteria:

a) has completed the second cycle of university law studies with a Master of Science degree in Albania or undergraduate studies abroad and has obtained a degree in accordance with the rules for the unification of diplomas provided for by law;

b) have a working experience of not less than 15 years as a judge, prosecutor, lawyer, law professor, civil servant at the management level or a recognized experience in the field of administrative law or other areas of law;

c) Have received a high rating for his professional, ethical and moral integrity skills if he has been subjected to previous assessments;

d) has not exercised political functions in the public administration or has not held leadership positions in a political party during the last 10 years;

e) no criminal investigation has been initiated against him or convicted by a final decision for committing a crime for committing a criminal offense intentionally or has not been subject to the prohibitions provided for in the law „To guarantee the integrity of persons elected, appointed or exercising public functions”;

f) no disciplinary measures of dismissal or any other disciplinary measure, which is still in force, under the legislation at the time of application;

g) was not a member, associate or favored by the former State Security before 1990, according to the law „On the right to information with the documents of the former security service of the People's Socialist Republic of Albania”;

h) was not a judge, prosecutor, legal advisor or legal aid during the last two years before the candidacy;

i) has not been a member of the High Level Expert Group at the Special Parliamentary Commission for Reform in the Justice System, or an expert appointed by political parties, and the Minister of Justice;

j) is no more than 65 years of age;

k) has a very good English language.

The fulfillment of the above criteria is assessed by taking into consideration in particular the following data: a) scientific titles in the field of law; b) specific candidate experience in certain areas of the law; c) seniority in the profession; d) study and professional experience abroad; e) the average grade of not less than 8, if he has completed the second cycle of undergraduate studies of law degree „Master of Science” in Albania, or undergraduate studies abroad, and has obtained a uniform diploma according to the rules for unification of diplomas, provided by law;

The requirements provided for in paragraph 1 of this article shall also apply to the election of the public commissioner, except for the requirement for work experience, which shall be not less than 10 years.

The entire Vetting process will be monitored by the International Monitoring Operations which is a monitoring operation set up to oversee the vetting process of members of the judiciary in Albania. IOM has no executive functions that affect the current re-evaluation of judges and prosecutors in Albania, which is carried out by local self-governing bodies.

The justice reform package adopted in 2016 aimed at restoring public confidence in the judiciary. As part of the reform, specific provisions for the re-evaluation of judges, prosecutors and current legal advisors / assistants (vetting process) were foreseen on the basis of integrity, ethical training and professional skills. Involvement of the international community in this process is foreseen by the constitutional - it is considered crucial for the credibility of the process by the Albanian legislator.

Local vetting bodies are:

- * Four Independent Qualification Committees (KPCs) composed of three members, who will conduct the entire re-evaluation process

- * A Specialized Training Room (DSC) consisting of seven judges, which will serve as an appeal instance for decisions taken by the KPCs

✦ **Two Public Commissioners**

The coming of the IOM is provided in Article B of the Annex of the Constitution of Albania, which provides for a scheme for the so-called „Transition of Qualification Estimate”.

On 18 January 2017, the Albanian authorities submitted a formal request to the European Commission's services for the IOM's arrival, specifically calling on the IOM to begin operations.

The Albanian Constitution, as amended in July 2016, provides that the IOM, led by the European Commission, is set up to oversee the temporary re-evaluation of judges and prosecutors in the country.

The Albanian Constitution also provides that IOM includes partners in the framework of the European integration process and Euro-Atlantic cooperation. That is why the European Commission and the United States have agreed to cooperate very closely within the IOM framework.

Senior experts from the judiciary of the EU Member States and the United States support the activities of the IOM.

IOM's main tasks.

IOM is entrusted with the monitoring of the vetting process, since the creation of the vetting organs until the completion of the whole reevaluation exercise. Therefore, IOM's arrival in Albania is important in two distinct but continuous stages.

✦ First, the IOM supervises the process of creating vascular organs. IOM makes a recommendation on the qualification and selection of candidates for Independent Qualification Commissions, the Specialized Training Room and two posts of the Public Commissioners. This recommendation will be presented, through the Ombudsman Office, to the Assembly's attention. This task is carried out with the assistance of four short-term observers (three judges / senior prosecutors from the judiciary of the EU Member States and one from the United States Department of Justice). Following the IOM recommendation, the Assembly is ultimately responsible for the appointment of all members of the veterinarians.

✦ Secondly, after the creation of the vetting bodies, IOM brings international observers to monitor the actual conduct of the veto process through a long-term operation that will last until all the relevant members of the judiciary in Albania, as recommended by law, 'are subject to this transitional qualification assessment.

IOM will supervise the vetting process all the time. The mandate of local self-government bodies is sanctioned in Albania's amended constitution in Article 179 / b. An exact length of the vetting process can not be determined at this stage. The maximum deadline is determined by the legislation, but it is in the interest of all,

for the sake of improving the judicial system in Albania so that the process is completed within a reasonable time.

IOM is chaired by the European Commission. The Management Board is chaired by the Director for the Western Balkans in the Directorate General of the European Commission for Neighborhood and Enlargement Negotiations.

The IOM Management Board consists of representatives of the European Commission and representatives of the United States Government (including the State Department and the Department of Justice). European Commission services provide the permanent secretariat of the IOM Board

Official hearings are organized periodically, when needed in Tirana.

No, neither the IOM management board nor the observers coming under the IOM will take any executive decisions.

Under the constitution, the IOM is mandated to monitor the entire hydrogenation process.

IOM does not have the power to make final decisions regarding vetting in the interests of maintaining local responsibility and sovereignty.

No, all final decisions belong to the competent local authorities, as foreseen by law, such as when it comes to appointing members of the vetting bodies (through the pre-vetting phase) as well as the current self-actualization process. Regarding the latter, both first instance decisions and possible appeals are all carried out by the veterinarians of Albania

The arrival of short-term and long-term observers by EU Member States is funded fully by the EU Instrument for Pre-Accession Assistance (IPA). Expertise from the United States is funded by the Government of the United States.

Conclusions

The overwhelming process of vetting was not accepted with great enthusiasm by the candidates, which is evidenced by the very low number of applications. This low indicator once again witnessed the lost faith that Albania does not only have problems with justice but also is unable to apply fair evaluation processes to candidates who will later perform the evaluation of prosecutors and judges.

US Ambassador and the European Union ambassador became part of a direct advertisement to promote all those new ones, especially those who have come out of the country to become part of this race.

Their outbreaks on the television were frequent by calling for candidacy.

After this, the number of candidates marked a record increase and in my opinion the quality of this process was considered as unsatisfactory. So much was understood the Vetting in the Albanian society that most of the candidates appear only in high school diplomas.

In my opinion, which is the opinion also of a candidate of this competition, this process proved lack of seriousness and negative tendencies since drafting the law and for this reason will bring some valid arguments as follows:

According to point b, of Law 84/2016, each candidate must have a working experience of not less than 15 years as a judge, prosecutor, lawyer, law professor, civil servant at the management level or a well-known experience in the field of administrative law or other spheres of law, which means that no young person who has studied abroad and faces nepotism in the Republic of Albania does not have this experience. In this case why it is rumored that young people are the most valuable part of this reform. This point is tendentious and automatically eliminates all potential young people.

Since at the beginning, the President of the Republic did not exercise his constitutional right to make the selection of candidates who fulfilled the formal criteria and passed this right to the Ombudsman Institution.

This Ombudsman made a selection process in no transparent way and most of its commissioners were in open conflict of interest with a good part of the candidates.

No official response was received regarding the disqualification of candidates. Also, calls for expressions of interest to the candidates were repeated and reintroduced infinitely by violating all constitutional deadlines.

During the evaluation of the candidates there was no evaluation process by scoring system but only moderate assumptions and maths.

The Head of Ombudsman had an expired a mandate long time ago as a fact which proves that has no interest for this process and compromise the unfair race.

It seems to me that the International Monitoring System face difficulties to orientate from a good beginning in the Albanian territory for which it has pledged to clean it up to the end. Time will show that the virus is fought by the virus because the antidotes were badly abused early.

THE EFFICIENCY OF USING PUBLIC FUNDS OR THE BALANCE BETWEEN THE RESOURCES USED AND THE PUBLIC SERVICE PROVIDED

*Bogdan FLOREA**

PhD, legal adviser and mediator

Abstract

The prudent use of public funds derives from the fact that the public authority is the administrator of public funds entrusted by citizens for good management. Finding the balance between the public resources used and the provision of quality services is an ideal that is not always easy to reach.

The obligation of transposing European directives on public procurement and concessions determines a focus on obtaining quality and performance as a result of contracts concluded by public authorities.

Keywords: public service, public interest, administrative contract, public procurement, concession.

The efficiency of using public funds is an imperative for public authorities when engaging in contractual relationships and represents one of the essential conditions for achieving public procurement and sector procurement¹. The use of resources in terms of efficiency, economy and effectiveness is one of the purposes of the law of public works and service concession².

The efficient use of public funds was mentioned among the purposes and the principles of the Government Emergency Ordinance no. 34 of 19 April 2006³. This

* e-mail: mediatorflorea@gmail.com

¹ Art. 2 para. (1) of Law no. 98/2016 on public procurement, published in M. Of. no. 390 of 23 May 2016, as amended and supplemented and art. 2 par. (1) of Law no. 99/2016 on sectoral acquisitions, published in M. Of. no. 391 of 23 May 2016.

² Art. 2 para. (1) lit. b) of Law no. 100/2016 on concessions for service concessions, published in M. Of. no. 392 of 23 May 2016.

³ Art. 2 para. (1) lit. d) and par. (2) lit. f) of the Government Emergency Ordinance no. 34 of 19 April 2006 on the award of public procurement contracts, public works concession contracts

normative act constituted, for 10 years, the legislation applicable to the award of public procurement contracts, public works concession contracts and service concession contracts, until Law no. 98/2016 came into force.

This principle is not a new one in the Romanian legislation, as public authorities are traditionally obliged to prudential use of public money and there are specialized bodies in this regard, to control the formation, management and use of the financial resources of the state and of the public sector⁴.

Each public authority must identify the services of public interest in its area of competence and, in compliance with the principles of transparency and proportionality, must constantly update the purpose of public services and decide how they are to be exploited: by the administration or by entrusting the service to a public enterprise or to a private or mixed enterprise⁵.

Regarding the provision of public services through private agents, there are opinions that indicate some malfunctions of these contracts. It has been reported that the use of private funding through the public-private partnership contract in towns and small communities may lead to higher costs compared to services provided by the administration⁶.

Law no. 233/2016, has reintroduced the concept of public-private partnership into the legal circuit, after the abrogation of the Law no. 178/2010 of the public-private partnership⁷ through art. 117 of Law no. 100/2016. Public-private partnership projects are awarded according to the procedure established by the specific new legislation regarding public procurement, sector procurement or concessions, depending on the subject matter of the contract and the manner in which the substantiation study provides for the transfer of a significant part of the economical operating risk, in connection with the exploitation of the works and / or services concerned⁸.

Current legislation on public procurement and concessions transposes provisions of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC⁹, of Directive

and service concession contracts, published in M. Of. no. 418 of 15 May 2006, as amended and supplemented.

⁴ Law no. 94/ 1992 concerning the organization and functioning of the Court of Accounts, republished in M. Of nr. 238 of 3 April 2014.

⁵ Bauby P., *L'europeanisation des services publics*, in Revista de Drept Public, 2007, no. 2, p. 68-69.

⁶ Stancu-Țișișcă M., *Economic and Social Effectiveness of the Public-Private Partnership (Eficacitatea economico-socială a parteneriatului public-privat)*, in Revista de Drept Public, 2007, no. 1, p. 124

⁷ Published in M. Of. no. 676 of 5 October 2010, as amended and supplemented.

⁸ Article 25 of Law no. 233/2016 regarding public-private partnership, published in M. Of. no. 954 of 21 November 2016.

⁹ Published in the Official Journal of the European Union, L 94 of 28 March 2014.

2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC¹⁰, of Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts¹¹, of Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts¹² as amended and supplemented, as well as those of Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992 Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992 coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors¹³, as amended and supplemented.

Among the objectives of the European Union in the field of public procurement, we may find the insurance of effective and practicable competition in order to provide the best quality in the spending of taxpayers' money and to improve the quality of public services offered. The aim is to achieve free and undistorted competition among enterprises in the field of public procurement¹⁴.

A very important principle of European institutional practice is proportionality, according to which contracting authorities may not impose excessive conditions in relation to the effective requirements of the contract to be concluded. Moreover, the principle of proportionality is applicable in all areas of Community law as an important criterion for determining the lawfulness of the acts of the contracting authorities and of the Member States¹⁵.

The analysis of the risks to be borne by the counterparties is a key element in assessing the impact of the public-private partnership on public funds. In the studies carried out, depending on the existing legislative context, the following concepts were used: (a) construction risk, covering events such as delayed delivery, non-compliance with specific rules, overcost, technical deficiencies and so on; (b) the availability risk, which implies that the economic operator can not deliver the agreed contractual volume or does not meet the security or public certification standards required to provide the service; (c) the demand-side risk related to the higher or lower demand

¹⁰ Published in the Official Journal of the European Union, L 94 of 28 March 2014.

¹¹ Published in the Official Journal of the European Union, L 94 of 28 March 2014.

¹² Published in the Official Journal of the European Union, L 395 of 30 December 1989.

¹³ Published in the Official Journal of the European Union, L 76 of 23 March 1992.

¹⁴ Lazar I., *European Union Competition Law (Dreptul Uniunii Europene în domeniul concurenței)*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 130 and *infra*. Note no. 321.

¹⁵ Șerban D.-D., *Proportionality principle in the field of public procurement (Principiul proporționalității în domeniul achizițiilor publice)*, in *Dreptul*, 2007, no. 9, p. 92 et seq.

for services on the market without any fault on the part of the service provider with regard to improper quality¹⁶.

In the current legislative context, the first stage of the conclusion of a public-private partnership contract and subsequently the commitment of public resources in the project is that of carrying out a substantiation study based on a feasibility study, which should highlight the justifying economical elements of the project, namely: a) the degree of affordability of the project and the comparison of the alternative contractual options/arrangements for project implementation; b) the risk distribution structure for each alternative project implementation option; c) characterization of the project in relation to the public deficit and public debt, calculated according to the methodology applicable under European Union law; d) project financing; e) economic efficiency of the project¹⁷.

In the case of medium and significant public investment projects, the completion of specific stages for concluding of a public-private partnership contract is subject to special conditions¹⁸, namely: a) stage 1 - project identification: stage of the project cycle in which the idea is transposed in a conceptual note, capable of providing information in a rigorous manner. At this stage, the pre-feasibility study, the technical-economic memo or the substantiation note is realised, as a tool that guides the decision-making process on the best way to solve a need or a problem of beneficiaries affected by an investment project; b) Stage 2 - feasibility study: stage of the project where the most viable alternative from a technical, economic and social point of view is analyzed in detail. At this stage, the authorizing officer shall draw up the full draft of the project and the studies aimed at establishing the project size, environmental impact assessment, and other studies necessary to carry out the project. For a project to go through the next steps, the feasibility study needs to be approved under the law; c) Stage 3 - selection and budgeting: the selection phase takes place after the authorizing officer considers that a particular project meets the principles and criteria for prioritization. The budgeting stage takes place when a project is provided with the necessary funds for implementation; d) Stage 4 - project implementation / execution: stage of the project cycle in which the physical implementation of the project is carried out after it has received a budget allocation in order to be completed within the estimated timeframe; e) Stage 5 - completion, operation and maintenance of the project: stage that occurs once the project reception and commissioning has been completed. The beneficiary of the investment will monitor the delivery of the services to ensure that the new assets

¹⁶ Stancu-Țipișcă M., *Economic and social effectiveness of the public-private partnership (Eficacitatea economico-socială a parteneriatului public-privat)*, in *Revista de Drept Public*, 2007, no. 1, p. 126.

¹⁷ Art. 17-19 of the Law no. 233/2016.

¹⁸ Art. 17 letter b) of Law no. 233/2016.

reach their goal during the period of use; f) Stage 6 - ex-post evaluation of the project: a process aimed at evaluating, explaining and disseminating the results of an investment project¹⁹.

After the stages related to the substantiation study have been completed, the procedure for awarding the public-private partnership contract must be fulfilled²⁰ in accordance with the provisions of the specific legislation on public procurement, sector acquisitions or concessions, where appropriate, depending on the subject matter of the contract and the manner in which the substantiation study provides for the transfer of a significant part of the operating risk of an economic nature in connection with the operation of the works and/or services concerned²¹.

The operational risk referred to in the Law on public-private partnership is defined in Law no. 100/2016²², and it is the risk that cumulatively fulfills the following conditions: a) it is generated by events that are not under the control of the parties of the concession contract; b) it involves exposure to market fluctuations; c) the concessionaire is not guaranteed, under normal operating conditions, to recover the costs of the investments made and the costs related to the operation of the works or services. A significant part of the operating risk is considered to have been transferred when the estimated potential loss incurred by the concessionaire is not negligible. The operational risk may consist of: a) demand risk - the actual demand for the works or services that are the subject of the works or service concession; b) the risk of supply - the risk related to the supply of the works or services covered by the works concession or the concession of services, in particular the risk that the supply of services will not meet the demand. The risk of supply can be divided into construction risk and operational risk associated with service availability when construction and operation constitute the two major phases of the concession project; c) both of the risks, the demand and the supply.

The concession contract is awarded on the basis of the most economically advantageous bid. The most economically advantageous bid is determined on the basis of objective criteria that guarantee the evaluation of bids under the conditions of real competition. These criteria must be directly related to the object of the concession and may relate to any of the following: a) the degree of takeover of risks by the concessionaire; b) the level of actual payments made by the contracting entity; c) the level of usage fees; d) the way of execution of the works / provision of services based on performance indicators of qualitative, technical, functional, financial

¹⁹ Art. 42 of Government Emergency Ordinance no. 88/2013 regarding the adoption of fiscal-budgetary measures for the fulfillment of commitments agreed with the international bodies, as well as for the modification and completion of some normative acts, published in the M. Of. no. 593 of 20 September 2013, as amended and supplemented.

²⁰ Art. 17 letter c) of Law no. 233/2016.

²¹ Art. 25 of Law no. 233/2016.

²² Art. 6 of Law no. 100/2016.

ans so on; e) how to ensure environmental protection; f) how to solve social problems; g) the level of the fee; h) the duration of the concession; i) innovation²³.

Public authorities are forbidden to engage in bilateral agreements with non-compliance with legal provisions on the use of public funds. Thus, a public authority can not act against the public interest and implicitly dispel public funds, under the shield of concluding a contract.

This was the solution, in a case brought to justice to the former Romanian Supreme Court of Justice, in which a county council decided to conclude an association agreement with a sports club and subsequently, the public authority to participate with a certain amount as contribution to the organization of a sports cultural festival where athletes with outstanding results will be awarded. This decision was brought to administrative court by the prefect, and the Bucharest Court of Appeal, as the first instance, admitted the action. Following the appeal promoted by the county council, the Supreme Court of Justice - the Administrative Litigation Division pronounced the Decision no. 1385 of 5 April 2001²⁴. The Supreme Court rejected the appeal as unfounded, deciding that the county public authority acted in its capacity as public authority and in this capacity it decided on a part of its financial resources and did not act in its capacity of the a civil legal person, so that the act through which it has disposed of the money funds is one of authority and not one of administration. Moreover, the financial participation of an authority in a sports festival aiming the awarding of some people can not be considered a work or service of local public interest, so as the collaboration or association of the public authority with another person may have been approved. The supreme court considered irrelevant the subsequent conclusion of the association agreement, in relation to the conditions of legality in which the county council decision was adopted.

Therefore, when engaging in agreements or collaborations involving public funds, the administration is required to comply with restrictive legal provisions and must prudently use these funds in its capacity of public asset manager. It is the duty of the administration to carefully analyze the risks arising from the involvement of the administration in certain contracts, always aiming at achieving a balance between the resources used and the result obtained, namely the service provided.

Unlike private-law contracts, certain conditions and special forms are required for concluding administrative contracts relating to public authority capacity, the choice of the contractor by means of a special procedure established for that purpose, and a certain common form established for those contracts²⁵.

²³ Art. 86 of Law no. 100/2016.

²⁴ Mrejeru T., Albu E., Vlad A. *Jurisprudence of the Supreme Court of Justice: Administrative Litigation 2001* (*Jurisprudența Curții Supreme de Justiție: Contencios administrativ 2001*), Ed. Economică, București, 2002, p. 93-95.

²⁵ Manda C. *Administrative Law: Elementary Treatise. The 5th Edition, reviewed and added* (*Drept administrativ: tratat elementar*, ed. a V-a, revăzută și adăugită), Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 421.

The conclusion of the administrative contract is possible after obtaining advisory body's approval of the opportunity to involve the public authority in such an agreement²⁶ and after a public selection procedure for the candidates. After the completion of the public procedure, the executive body of the administration, be it minister, mayor, county councilor chairman or manager of an institution, will conclude the administrative contract with the candidate who have been nominated as winners of the competitive procedure or with the contractor with whom the contract was negotiated, if the public procedure allows such a negotiation.

The administrative contract, which involves financial participation by the contracting authority, can be concluded only if the administrative body that approved the conclusion of the contract has provided in its budget the necessary sums for that contract. In case the administrative body concludes a contract without having provided for and approved in the budget the necessary amounts for the payment of the contract, that body may be liable both civil, for contractual damages, and criminal, insofar as its action can be qualified as deception.

In the legislation on public procurement, prior to 2006, running the procedure for awarding such a contract without allocating for the current year the necessary funds for the performance of the contract, was qualified as a contravention²⁷.

At present, even though a contravention sanction is not provided for such an action of the contracting authority, its contravenient liability may be based on art. 224 par. 1, lit. b) of Law no. 98/2016 that sanctions in contravention any violation of the provisions of this law or of the normative acts issued in its application, having the effect of violating the purpose and principles of the award of public procurement contracts²⁸.

The principles, rules and responsibilities of engaging in budgetary spending²⁹ are also incumbent on the conclusion of administrative contracts.

In specialized legal literature, appeared the idea that, when concluding a contract the necessary funds must exist and cover the value of the contract. This obligation

²⁶ Puie O., *Administrative Contentious (Contenciosul administrativ)*, vol. 1, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 27.

²⁷ Art. 98 lit. b) of Government Emergency Ordinance no. 60 of 25 April 2001 on public procurement, published in M. Of. no. 241 of 11 May 2001.

²⁸ Art. 2 of the Law no. 98/2016 establishes as a purpose of this law the provision of the legal framework necessary to achieve the purchase of goods, services and works in conditions of economic and social efficiency and establishes the principles underlying the awarding of public procurement contracts and the organization of solutions contests respectively: a) non-discrimination; b) equal treatment; c) mutual recognition; d) transparency; e) proportionality; f) assuming responsibility.

²⁹ Art. 14 and 22 of Law no. 500 of 11 July 2002 on public finances, published in M. Of. no. 597 of 13 August 2002, as amended and supplemented; art. 14 and 23 of Law no. 273 of 29 June 2006 on Local Public Finance, published in M. Of. no. 618 of 18 July 2006, as amended and supplemented.

applies both to the tender evaluation committee, which has the obligation to cancel the public procedure when it finds the lack or insufficiency of the funds and to the public authority, which has the obligation to allocate the necessary funds if it intends to conclude such a contract³⁰.

The budget balance principle, which is only prescribed by the local budgets, is considered to be the golden principle of budgetary management and involves the full coverage of budget expenses from the budget revenues, including the surplus of previous years. Current economic realities, which imply an accelerated increase in public spending, a slowdown in public revenue growth, fluctuations in exchange rates and interest rates, make this principle difficult to achieve, resulting in a budget deficit that can be covered either through state loans, or through the temporary use of available funds in the general treasury account of the state³¹.

The contracting authority has the obligation to develop a public procurement strategy by developing an annual public procurement program in which it defines the objective needs of products, services and works and also anticipates and identifies the financing sources for the public procedure and the conclusion of the contract. Once the budget has been approved, the contracting authority has the obligation to update its annual procurement program according to the budget approved³².

Under these circumstances, only exceptionally, the lack of funds at the time of the conclusion of the contract, may represent a cause of impossibility of concluding the contract which would entitle the contracting authority to cancel the award procedure of the public procurement or concession contract³³.

In our opinion, the annulment of the public procedure can only take place in exceptional circumstances caused by events beyond the control of the public authority which could in no way be anticipated and which would create major budgetary imbalances for the contracting authority. Otherwise, the contracting authority may decide, on a discretionary basis, to cancel the contract award procedure by invoking the lack of funds, which may be the consequence of the wrong or superficial design of the procurement program.

³⁰ Șerban D.-D., *Consequences of the lack of funds in the procedures for the award of public procurement contracts (Consecințele lipsei fondurilor în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică)*, in Dreptul, 2009, no. 12, p. 125-127.

³¹ Lazar I., *Public Finance Law, Volume I. Budgetary Law (Dreptul finanțelor publice, Volumul I. Drept bugetar)*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 207-208.

³² Article 12 of the Government Decision no. 395/2016 for the approval of the Methodological Norms for the application of the provisions regarding the award of the public procurement contract / the framework agreement of Law no. 98/2016 on public procurement.

³³ Art. 212 para. 1 lit. c) the second thesis of Law no. 98/2016, art. 225 par. 1 lit. c) the second thesis of Law no. 99/2016 and art. 89 para. 1 lit. c) the second thesis of Law no. 100/2016.

Some courts have found that the solution of canceling the auction due to a lack of funds is unlawful when the lack of funds is due to the culpability of the contracting authority or is outside an objective impossibility of concluding the contract³⁴.

The consensualism in contracts says that the will of consent arises at the time the offer is accepted by the other party. For the conclusion of an administrative contract, the contracting authority shall initiate a public procedure requiring that an indeterminate number of persons submit a tender and shall select a participant with whom it concludes the contract.

The principle of consensualism on civil contracts is somewhat attenuated in the case of the administrative contract due to the existence of regulatory clauses of this contract to which the private can only join without being able to negotiate them³⁵.

The public procedure preceding the conclusion of the contract is aimed at identifying the private party who will provide the public service. The award of a public service concession contract obliges the administration to use one of the following procedures: open bidding, restricted bidding or competitive dialogue. If following the application of these procedures the contract has not been concluded, the public authority may resort to the negotiated procedure with the prior publication of a contract notice. The contracting authority applies open or restricted bidding procedures if it can draw up the technical specifications and/or the legal framework for project implementation. Otherwise, the authority will use the competitive dialogue procedure that allows any candidate to submit their application and after applying this procedure a solution will be identified. The authority will select candidates who will be able to submit an offer and then the winner will be established.

It is not necessary to go through the strict public procedure when the service contract is awarded to a public authority enjoying exclusive or special rights for the provision of public services on the basis of laws or administrative acts of a normative nature, insofar as they are compatible With the provisions of the TFEU³⁶.

The auction is a condition for the validity of administrative contracts alongside those provided by the Civil Code³⁷. Winning the auction does not, however, automatically determine the agreement of will between the parties to the future administrative contract. We consider that the acceptance by the public authority of the bid of one of the candidates by designating him as the winner of the public procedure is only an agreement in principle because the agreement of will shall be realised at the time of concluding the written agreement of the administrative

³⁴ Șerban D.-D., *Consequences of the lack of funds... op. cit.*, pp. 123-124.

³⁵ Trăilescu A. *Administrative Law. Elemental Treatise (Drept administrativ. Tratat elementar)*, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 205.

³⁶ Art. 30 of the Law no. 98/2016.

³⁷ Trăilescu A., *op. cit.*, p. 206.

contract³⁸. At the time of signing the administrative contract, the public authority and the contractor agree on all the elements of the future contract on the basis of the accepted offer that complies with the provisions of the task book.

Romanian legislation allows local and county councils to decide on the participation with capital or assets on behalf of and in the interest of the local communities they represent in the establishment, functioning and development of bodies providing public services and public utility of local or county interest, under the law, together with public or private parties³⁹.

This right of authorities to participate with funds and capital in the establishment, operation and development of public services translates into the possibility of these authorities to conclude public-private partnership contracts under of Law no. 233/2016 or joint venture agreements under the Civil Code⁴⁰. As regards joint venture agreements, we consider that the public authority participates in such a contract, on the basis of its status as a private legal person, in order to carry out a commercial operation, the contract being therefore subject to the common law.

It is questionable the right of concluding a joint venture agreement when the public authority wants to bring a public asset into the association. The Constitution of Romania, republished⁴¹, at art. 136, provides that public property assets may be administered, leased or leased. Article 1949 of the Civil Code, republished, stipulates that through the joint venture agreement, a person grants one or more persons a share in the profits and losses of one or more of the operations he undertakes.

When the decisive factor for the conclusion of the joint venture contract is the contribution with a public asset over which the private person acquires the right to use and which is to be repaid together with the investments made, we are in the presence of a public service or public works concession if the contractor is entitled to exploit the result of the services or works executed, and also takes the largest part of the risk of operating the services or works concerned.

If a significant part of the operating risk is not transferred to the economic operator, that contract will be considered a public procurement contract⁴².

³⁸ Florea B., *The legal regime applicable to the administrative contract in the current context. The non-existence and nullity of the administrative contract (Regimul juridic aplicabil contractului administrativ în contextul actual. Inexistența și nulitatea contractului administrativ)*, în *Legea și viața*, 2011, no. 2 (230), p. 29.

³⁹ Art. 17, art. 45 par. 2 letter f) and art. 91 par. 6 letter a) of the Local Public Administration Law no. 215 of 23 April 2001, published in M. Of. no. 204 of 23 April 2001 and then republished in M. Of. No 123 of 20 February 2007, as amended and supplemented.

⁴⁰ Art. 1949-1954 of Law no. 287/2009 on the Civil Code, republished in M. Of. no. 505 of 15 July 2011, as amended and supplemented.

⁴¹ The Constitution of Romania, republished in M. Of. no. 767 of 31 October 2003.

⁴² Article 8, paragraph 3 of Law no. 100/2016.

This is also the interpretation that has been given in the settlement of a case deducted to the judgment of the Pitești Court of Appeal which pronounced Decision no. 1293/RC of 14.12.2007⁴³, in which it stated, in essence, that the Local Council of Pitesti and subsequently the National Council for Solving Complaints, as a judicial body, wrongly qualified as a joint venture agreement that would not be subject to the legislation of public procurement, an agreement between the public authority and a contractor chosen through a public procedure, because the contracting authority decided to make available a public property asset which, under the law, could only be leased or subjected to a concession. Under these circumstances, the court decided that regardless of the name the public authority would give to the contract, it can only be legally qualified according to the legal provisions in the matter.

In the opinion of the author Ioan Lazar, applying a different legal regime to the concession or rental of an asset, as the property is in the public or private domain of the state or territorial administrative unit, violates the constitutional principles guaranteeing judicial control through administrative litigation courts of the public authorities' administrative acts, without distinguishing between administrative acts of a normative nature and those of public or private administration. According to the same author, the provisions of the Law on administrative litigation are infringed, as this law establishes an absolute presumption that the public authorities act in a regime of public power, in the satisfaction of a general interest, when they issue administrative acts of a normative nature or conclude acts of public or private administration⁴⁴.

A relatively new concept in public procurement legislation and sector procurement, which stimulates the technical progress and the innovative spirit of public authority, is the innovation partnership defined as the award procedure used by the contracting entity to develop and subsequently acquire a product, service or innovative work when the solutions available on the market do not meet the needs of the contracting authority/entity⁴⁵.

As an exception to the rule of application of public procurement legislation, persons having the capacity of contracting authority have the possibility to constitute companies or associations without legal personality under the conditions of Law no. 287/2009 on the Civil Code, republished, as amended and supplemented, and to carry out joint projects⁴⁶.

⁴³ <http://portal.just.ro/46/Lists/Jurisprudenta/DispForm.aspx?ID=240>, accessed on May 30, 2017, at 14:18.

⁴⁴ Lazar I., *Administrative Jurisdictions in Financial Matters (Jurisdicții administrative în materie financiară)*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 185-186.

⁴⁵ Article 3, paragraph (1) lit. kk) of Law no. 98/2016, as amended and supplemented, and of Law no. 99/2016.

⁴⁶ Art. 32 of the Law no. 98/2016, as amended and supplemented.

In conclusion, when engaging in contractual relations involving the use of public resources, contracting authorities must achieve this in terms of economic and social efficiency, ensuring the promotion of competition between economic operators, as well as respecting the principles enshrined in European legislation, namely: non-discrimination; equal treatment; mutual recognition; transparency; proportionality; assuming responsibility.

The efficient use of public funds is closely related to the transparency of contracting authorities.

Reports' publication on the award of public contracts is a condition imposed by the legislation in force, but nothing prevents contracting authorities from publishing such reports in forms other than those required by law, accessible to the general public, for properly informing of the use of public money.

Unlike previous concessions and public procurement legislation, where the rule was the use of public funds with restriction, it is now clear that contracting authorities are encouraged to use, in addition to the lowest price award criterion, also the criteria: the best quality-price report; the best quality-cost report.

We see a change of attitude in the public procurement and concessions legal field, forced by the obligation to transpose European directives, which involves focusing on obtaining quality and performance following the execution of contracts concluded by public authorities.

By introducing the obligation to award service or public works concessions on the basis of the most economically advantageous tender, it is accepted the fact that the lowest price often means either a low quality of services or works or a much higher final cost than anticipated or, in the worst case, both situations.

THE STRATEGIC IMPORTANCE OF INTERNATIONAL INVESTMENTS IN THE FIELD OF MINING AND INTERNATIONAL LAW

*Cristina Elena POPA TACHE**

„Minerals and metals are essential for modern living. Access to and affordability of mineral raw materials are crucial for the sound and sustainable functioning of the world economy and modern societies¹.”

Abstract

Worldwide, the entrance restrictions for foreign investment were eliminated or restricted in a wide range of industries, especially mining (among other fields such as aviation, financial services, real estate). Foreign investors still remain reluctant to placement of investments in developing countries, shall be required also to seek host countries with a certain degree of stability in the existence of international treaties on investment.

Keywords: foreign investment, mining, international treaties, national security

* *Cristina Elena POPA TACHE* is a Doctor in Law and an associated scientific researcher with the Judicial Research Institute of the Romanian Academy, associated with Chartered Institute of Arbitrators, arbiter and mediator with Vienna International Arbitral Centre and member of Arbitral Women; email: cristina@adrlegal.ro

This paper is written during the sustainability stage of the project entitled „*Horizon 2020 - Doctoral and Postdoctoral Studies: Promoting the National Interest through Excellence, Competitiveness and Responsibility in the Field of Romanian Fundamental and Applied Scientific Research*”, contract number POSDRU/159/1.5/S/14.0106. This project is co-financed by the European Social Fund through the Sectoral Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!

¹ Tamas HAMOR, Statement on behalf of the European Union and its 27 Member States, Intergovernmental preparatory meeting of the 19th Commission on Sustainable Development, Mining Session, CSD 19 IPM Draft statement on Mining (New York, 2 March 2011). The document is available on the official Internet page: http://www.un.org/esa/dsd/resources/res_pdfs/csd-19-ipm/2march/PM/eu.pdf, accessed on 04.04.2017.

International investments are a pro-eminent topic on nowadays political, economic, financial, social and cultural agendas. International transactions in the field of foreign investments have been, are and will continue to be under expansion, especially in the last decades, during which period foreign investments have diversified, while their frequency has intensified as a side effect of globalization. If in 1996 there still were voices that claimed both that „there is no doubt that direct foreign investments have joined international commerce as a main engine of globalization”, as well as that a „a growing symbiosis and an integrated relationship between commerce and investments²”, has been observed, today it is certain that any analysis of the foreign investments is not complete until it is made through the lens of international public law. Jacques Percebois³ has characterized mondialization (a term preferred to that of globalization) as a transnational decision network, a concept mirroring the investment action. According to UNCTAD, globalization is a product of deregulation⁴. Continuous unity for economic efficiency raises new issues regarding deregulation and investment promotion. „Globalization is simultaneously a cause and a result of the movement to conclude international treaties regarding investments between nations⁵”. Mining investments, although they occupy a reduced percentage on a global level, are still classified at the top of special importance investments due especially to their side effects on the global economy, on the environment, on human rights and, last but not least, on international law.

In the transactional theory and practice, it has been established that direct foreign investments and portfolio foreign investments are governed by the legal regimen of international investments, of course, without going into debates regarding the distinction between the two types of investments, their relevant characteristics and the marking of the „grey area”. Among these there exists a large variety of other contractual reports, especially long term mining claim agreements that are legally considered as „investments” to the extent that a contractual party/partner invests capital and important financial resources in such a joint venture, of course with the purpose of obtaining a profit. Mining and development agreements, with their variances generated by the existence of other contractual reports that can be considered international investments, are such public service claim agreements between persons and entities based in different states.

² See the presentation of Renato Ruggiero – general manager, in 1996, of World Trade Organization (WTO) – during the UNCTAD seminar regarding direct foreign investment and the multilateral commerce system, which took place in Geneva on February 12, 1996.

³ Jacques Percebois currently is the manager of the Economics and Energy Law Research Centre (CBEDEN), Montpellier I University, France.

⁴ In the World Investment Report for 2016, UNCTAD focuses on the tendencies of direct foreign investments (ISD) on a global, regional and national level and on the measures that are being implemented to improve its contribution to the development.

⁵ Jeswald W. Salacuse in *The Law of Investment Treaties*, Second edition 2015, Oxford International Law Library, p. 33.

The international context, nature and strategic importance of investments in mining

It must be specified that, generally, investment treaties have avoided offering a list of the investments that are included under their protection, but it can be said that they have offered an open definition, in order to allow the future evolution of investment transactions. Presenting this definition means that any transaction will be protected through a treaty only if it fulfils the definition established in an investment treaty. Once this kind of international protection and regulation is set, each investor and each state must enter into this kind of investment with the knowledge that the protection granted through international law is conditioned by the legality of that investment. Depending on this aspect, each party must play its part in this system, using the force positions it occupies in the opportune situations.

Budgetary restrictions and lack of financing determines the states that own such mining resources to look for strong foreign investors for long term associations. Most times, mining operators are state owned and, due to a lack of financial funds required for the necessary modernizations and for the mining, the states decides to close down the mines⁶. On a global level, entry restrictions for foreign investments have been eliminated or reduced⁷ in many industries, especially in mining (besides other fields, such as aviation, financial services, real estate).

Still, foreign investors are reserved when it comes to investing in developing states, as they are forced to look for host countries with a certain degree of stability regarding the existence of international investment treaties. For instance, investors are cautious and exercise a thorough due diligence when the time they choose for such an investment coincides with the modification of international treaties, such as the renegotiation of NAFTA or the termination of treaties regarding investments between intra-European states, for example. Despite this, terminations of investment treaties have happened more often since 2015 and up to the present day and investors are aware that, by virtue of the survival clause, investments that have been made before the termination of these international agreements regarding investments will remain protected over periods between 10 and 20 years, depending on the relevant provisions of the agreements and their termination conditions. Regulation, interpretation and applicability issues appear especially when these aspects are not specifically regulated in the content of the

⁶ This was also the case in Romania, where, through the Mining Law no. 85 of 2003 and through several Governmental decisions, the definitive closing of 556 mines/quarries was approved. Also, starting in 1998, within the limit of assigned funds, closing and reclamation works have been contracted for 295 mines and quarries; out of these, up to 31.12.2011, 192 objectives have been accepted after the closing and reclamation works were finalized, plus another 53 that were partially accepted.

⁷ According to the World Investment Report 2016, document issued by UNCTAD.

treaties that are terminated⁸, so investors that find themselves in such situations are forced to invoke the protection of international common law, because using the legislation of host countries cannot guarantee impartiality (fairness). For instance, in the case of *Lucchetti v. Peru*⁹, the BIT (Bilateral Investment Treaty) between Chile and Peru was applied, on the condition that it does not apply to the disputes that have occurred before it coming into force. In this case, the local authorities of the host country have issued a series of administrative measure that led to them refusing or even withdrawing the authorizations and operational licenses of investors a few days before the bilateral treaty came into force. The investors successfully challenged the previous administrative actions that took place before the BIT came into force through legal proceedings. Despite this, the Court found that the dispute had occurred before the BIT came into force and declined its competence. Therefore, the timing of the dispute is not the same as the timing of the events that led to the dispute.

Due to their characteristics, investments in mining resources are portfolio investments. In the following pages, this study undertakes to approach the general relevance issues in this field, highlighting certain milestones. The issues that are being tackled are not strictly applicable, but are extended to related investment categories. The paper refers to mining operations, despite their reduced percentage in the international investments, since this is an important field due to its social effects, its environmental impact and its relation with the security strategies of each state.

States usually draw up their own mining development strategies, over periods of approximately 20-25 years, so that the involved factors can include: responsible governmental bodies, research/development/innovation institutes, professional organizations, syndicates etc. and, of course, the business environment.

The concept of national and regional security, especially over the last decade, is no longer strictly limited to the military field, as it was extended to some other fields that have been included in the public policies of a state. Thus, securing the access to strategic mineral resources has become a reference term in the relations between states, as specified in the document with the title „Strategic Concept. For the Defence and Security of the Members of the North Atlantic Treaty”, adopted by state presidents and government leaders in Lisbon in 2010. The risks and threats related to the access to energy and non-energy strategic resources are becoming

⁸ According to Law no. 18 of March 24, 2017, Romania will terminate through consent of the parties or through denunciation 22 treaties regarding investments concluded with EU member states, among which the Agreement between the Government of Romania and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland regarding the mutual promotion and protection of investments, signed in London on July 13, 1995, ratified through Law no. 109/1995, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 273 of November 23, 1995.

⁹ *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4.

increasingly varied. The accelerated increase of the global mineral resource consumption has gradually determined the „controlled” restriction of supply sources and the limitation of the number of suppliers, which reignited the debate regarding the appearance of monopolies and oligopolies. As to the conduct and activity of international investors, there is a fear that they might determine their originating states to interfere with the internal policies of the host states in order to institute a favourable political climate for themselves, as it has happened in the course of history. The most conclusive examples date back to the colonial era; the role that companies such as the British East India Company have played in the imperial history is still being evoked; the Battle of Plassey was a decisive victory of the British East India Company over Bengal and its French allies on June 23, 1757. The battle consolidated the presence of the company in Bengal¹⁰ over the following one hundred years and it was later extended to cover a large part of India.

A recent example of such interference is the situation in Chile, which led to the overthrowing of the government of president Allende. He decided to nationalize¹¹ the copper mines without providing compensations. It must be specified that the Allende nationalization has affected three major mines in Chile; these were, in fact, independent, standalone settlements, with their own towns to accommodate the workers, their own water and energy supply sources, their own schools, shops, railroads and, in certain cases, even their own police force. Witnessing this nationalization and considering that certain urgent measures were required, the foreign corporation and the states they were based in got involved in the military coup d'état that followed and in the replacement of the Allende government with a right-wing dictatorship that was favourable to external businesses. This precedent created a general fear that the situation could happen again in other states.

From a human rights perspective, there have been theories that multinational corporations have formed alliances with the local authorities, in order to be sure that governments favourable to foreign investments are kept in power even with recourse to repression measures. The key to the problem that was described can be only a consolidation of the national security limited to this purpose and with

¹⁰ This statement is also applied to the Battle of Buxar, on October 22, 1764, between the forces of the British East India Company, led by Hector Munro, and the army of the Bengal leader. The battle was a decisive victory for the British East India Company.

¹¹ The nationalization of the copper industry in Chile, commonly described as the „Chilenización del cobre” was the progressive process (1950-1975) by which the Chilean government acquired control of the major foreign-owned section of the Chilean copper mining industry. It involved the three huge mines known as 'La Gran Minería' and three smaller operations. The Chilean-owned smaller copper mines were not affected. The process started under the government of President Carlos Ibáñez del Campo, and culminated during the government of President Salvador Allende, who completed the nationalization.

observance of the international regulations and the maintenance of a correct balance between obtaining the necessary influence to operate like an effective investor in the host state and not intervening in the political business of the host state, although many transnational companies have turnovers that surpass the GDP of many states, as I mentioned in a previous study, which proves that they have the resources and the required influence to achieve their important economic purposes.

All these elements exercise a direct influence over the economic security, in which case the mining industry development strategy of a state evidently becomes a component of the national security. The worldwide decrease of the number of mineral and energy resources suppliers, in the condition of increased demand from the great consumer systems, has led to the political redefinition of these resources as „georesources”¹². To all these, we add the increased potential of riots, strikes and civil strife due to establishing a mining investment in a host state, but also as an effect of the way¹³ in which the foreign investor or the host state fulfils its undertaken obligations or exercises its granted rights.

Observations regarding the pre-negotiation, negotiation and renegotiation of the agreement with the host state, sine qua non instruments

There are two stages that are relevant for the handled topic: the pre-negotiation and the negotiation of the agreement, sometimes subjected to renegotiation. For a productive negotiation with states, the international investors must have a minimum level of preparedness and due diligence when engaging in such actions and they must take into account the rules described in the following, as principles.

A signed agreement does not automatically create an international business relation that will play out by itself. The best solutions for the parties involved in international mining investments are those that are derived from knowledge of the „rules of the game”, of the terms and conditions specific to the mining operations, within the limitations of the applicable laws and special regulations. In the case of long-term transactions, the parties are trying to create a business relation that is as stable as possible, a complex set of interactions characterized by cooperation and a maximum degree of trust. As it is well known in this context, a negotiator will also

¹² Quote taken from the *Mining resources strategy of Romania 2012-2035*, a document drafted by the Romanian Ministry of Industry and Resources, available at the official web address: http://www.minind.ro/resurse_minerale/Strategia_Industriei_Miniere_2012_2035.pdf, as accessed on 04.04.2017.

¹³ In the case of Nicaragua, the International Court of Justice has repealed the argument used by the US, that the increased influence of the communist power in Nicaragua was a matter concerning all the states in the region. The Court has shown that, in accordance with international law, it is forbidden that a state dictates the economic system that another state should use.

have to find an answer to a host of basic non-legal and non-contractual questions. What is the power and resource ratio that the parties rely upon? How well do the parties know one another? What is the mechanism that can be used to promote and facilitate communications, including after the agreement is signed? Is the agreement between the parties balanced and mutually advantageous? How could the parties be determined to mutually understand and observe their interests, values and culture in a serious manner¹⁴? The attitudes, interests and other characteristics of an individual are also quite different from those of the group that it belongs to. For instance, the „average” Japanese tends to favour more indirect methods of communication and negotiation, but each individual Japanese person could favour any one of a complete array of negotiation styles¹⁵. Also, the resources of the parties involved in this kind of negotiation are different. However, access to rich resources during a negotiation does not automatically equal a greater power of persuasion.

An international mining investment is a continuous negotiation. This conclusion can be drawn from the fact that the parties must not be convinced that the negotiation process is finalized when all the details are set or when the agreement is concluded or signed. Such an international agreement is a continuous negotiation between parties to the transaction, in order to adapt their relation when facing the public opinion, generally negative and cautious towards any mining conditions, to adapt to the rapidly changing international environment, to the inconsistent governmental policies, or to civil strife, political change, military interventions, currency fluctuations or technological changes. For instance, a frequent problem encountered during the negotiations and the subsequent operations is the failure to understand the meaning of the terms „mineral resources” or „mineral reserves”, based upon scientific evidence and what the „contributing factors” used for reaching estimations are¹⁶. No negotiation can predict all the eventualities that may require the parties to meet, therefore the parties must be opened to any (re)negotiations throughout the duration of the investment. In conclusion, it may be said that negotiation is a fundamental tool for the management of investments. Therefore, during the lifecycle of any business, three types of negotiations may be encountered: during the decision-making process, while managing the business, during the repair

¹⁴ Understanding and respecting the culture and tradition of the negotiation partner must be applied with mathematical precisions, as it is a *sine qua non* condition. There are considerable negotiating differences between the partners in South America, Europe or Asia. These differences could explain why, for instance, Asian people tend to set aside more time for the preliminary negotiations, while Americans want to get through this first phase as quickly as possible.

¹⁵ See „Getting to Yes”, Roger Fisher, William Ury and Bruce Patton, Second edition by Fisher, Ury and Patton, Random House Business Books 1991, p. 80.

¹⁶ Craig B. Andrews, *Getting to yes. The Practitioners Guide to Negotiating Mining Investment Agreements. Lesson from Ecuador*, 2012, p. 23.

and settling of disputes. The negotiation in the public sector presents its own special issues: in a private organization, identifying the managers that control the negotiation and that make the final decisions is easy, while in the public sector there often are more than one decision makers involved, which often leads to unstable situations.

Accepting the risk of changing circumstances. Most modern agreements deny the possibility of change. Despite the fact that a negotiation is defined as an ample cooperative process, the parties rarely offer this type of adjustments as a response to changing circumstances, and this very presupposition of contractual stability has proven to be false over time. For instance, while most agreements in the field of mining presume that the agreement (mining claims are generally concluded) will last for at least 20 years, the usual duration of these claims reaches limits comprised between 50 and 99 years, but they rarely remain unchanged. A method of regulating the problem is to expressly provide in the agreement the possibility of renegotiations at defined intervals, for certain issues that are especially sensitive to changing circumstances, thus resorting to a periodical „X-ray” of the investment. Therefore, the initial regulation of the possibility of renegotiations (redoing business) becomes more plausible than carrying out such operations at a certain time in the future, according to the perspective of one of the parties, which, theoretically, should have the initiative, an initiative that could easily generate a hostile environment for the partners.

Granting the preliminary negotiation the importance that it deserves. The initial stage of each international business negotiation is the preliminary negotiation, a stage during which the parties draft a potential agreement, outline the investment, decide whether they wish to negotiate all aspects: the exact topic of the negotiation, how the deal will play out, etc. This stage is essential for the parties to get to know one another. Even during this stage, the negotiation space is obtained through a conscious exaggeration of their own interests. However, as determining element, the preliminary negotiation stage, as well as the due diligence phase, is characterized through the collection of information and the efforts each party used to evaluate the other. The purpose is for both parties to reach the decision to negotiate an agreement with one another or for one of the parties to inform the other, directly or indirectly, that it does not desire to continue the discussions.

The healthy measure of resorting to experts in the negotiating context. Experts, formally called mediators or counsellors, can often help the two parties in the decision-making or management (team or individual) process and they can negotiate and „repair” the negotiations by building and maintaining partnerships. Specialists¹⁷ have found the existence of an asymmetry between the way governments negotiate and the way that foreign investors do. For instance, when certain companies track

¹⁷ Craig B. Andrews, *Getting to yes. The Practitioners Guide to Negotiating Mining Investment Agreements. Lesson from Ecuador*, 2012, p. 54.

down long-term international business relationships that require a high degree of cooperation, such as mining investments, they can hire a counsellor to develop and guide a program for building/consolidating relationships, which may include restricted meetings for department and individual groups, common workshops, familiarization sessions and problem-solving, all these in the preconfiguration stage of the investment. For instance, the agreement may provide that, in case a dispute cannot be settled on an operational level, the management of the two parties will engage in negotiations to resolve the issue. It is well-known that any negotiation is based upon three criteria: quality, cost, effectiveness. Once the upper management of the two parties comes to an understanding, they may serve as mediators for their subordinates or, further on, for the other party or even for the host state, determining them to change their behaviour and attitudes in relation to such interactions.

When negotiations fail, the parties may resort to the dispute resolution mechanism chosen for most situations: international commercial arbitration. The parties invoke arbitration when they consider that the business cannot continue, many times without previous counselling, although this alternative method of dispute resolution is costly, contradictory and often lengthy. The question the parties must ponder is: is there „life” beyond the arbitration? Practice has proven that the result of an arbitration often is the termination of the business relationship and not its reinforcement. I reiterate that, traditionally, companies involved in an international business dispute have not actively sought out the help of mediators or other third parties. They have tried to settle the issue themselves, at first, through negotiation, and when they considered that that has failed, they immediately proceeded to arbitration. Various factors explain their failure to try out mediation, although information and regulations regarding mediation are available in most arbitration courts: the lack of knowledge regarding the mediation and the availability of mediation services, and also a preference for the contradictory procedure, during which the parties are assisted and represented by lawyers that manage evidence in this trial-like environment in which the parties are no longer partners, but are called plaintiff and defendant.

Many arbitration institutions, such as the International Chamber of Commerce and the International Centre for Settlement of Investment Disputes¹⁸, offer a service known as counselling, which is normally governed by a set of distinct rules. Furthermore, the United Nations Committee for International Commercial Law (UNCTAD) has drafted a set of conciliation rules that the parties can use without referring to an institution.

¹⁸ Another institution that continues to consolidate its position through its activity, seriousness and professionalism is VIAC – Vienna International Arbitral Centre that offers both arbitration rules, as well as mediation; its lists of experts can be viewed online.

Observations regarding the existing circumstances or that can occur during a mining investment; the sovereignty of the state face to face with the means of compulsion of the foreign investors

In order to attract foreign investments, host states become involved in various commitments and facilities offered to the foreign investors in the mining field. Some of these are found in unilateral acts, such as the legislation in the field of investments, licenses and authorizations, while others are less formal government actions, such as verbal statements of governmental officials and promises regarding the investments that are made public by the government in the press or in promotional literature. Investors rely on such commitments when making decisions regarding the investment of their capital in a host state. The real intentions of the host state are of essential importance for the profitability of an investment and, sometimes, for its survival. In reality, modifying circumstances occur that can radically change the course of an investment, even causing its sudden termination. Thus, an agreement for the development of a mining operation concluded with a foreign investor by a government can be cancelled by the following government, due to a change of the policy or of the economic and environmental conditions. For instance, a government may grant the right to operate a waste storage facility to a foreign investor and then cancel it the following year, due to a modification of the environmental laws. Such changes in the attitude of the host state towards foreign investors, with direct impact over the contractual expectations have been called by Raymond Vernon¹⁹: „non-functional transactions” or „obsolescing bargains”.

In certain cases, the involved parties try to use certain „tricks²⁰„. The party that notices such initiatives regularly has two options, generated by a desire to save their investment: to respond in force, using fighting means, or to respond in a

¹⁹ Vernon, in 1971, used the expression *obsolescing bargains*, that has made its way into the legal dictionaries (see Black's Law Dictionary, 10th edition), to refer to that situation in which multinationals or investors invest heavily in a business on the territory of a host country, but after that the host country begins to transfer the investment or benefits from the investors to the state, so that what seemed like good business at first becomes an unprofitable venture for the investor through this action of the host state.

²⁰ A case that shed light over some tricks of host state officials, although not in the mining field, but applicable, as a tactic, to this field, is that of *Global v. Ukraine* (*Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11). The case approached the sale of chickens to a company in the US by a state entity of Ukraine. The plaintiff underlined the special circumstances in which the sale agreements were concluded. The prime-minister of Ukraine asked the US Embassy to identify adequate fowl exporters in the US in order to reduce the increase of internal fowl prices in Ukraine. The purpose of the program for importing fowl in order to determine the decrease of internal prices was to promote the economic development of Ukraine. The state committed to honour its contractual commitments.

conciliatory manner, trying to settle reactions, sometimes going as far as offering no response, in the hope that this conflict or dispute will stop²¹.

The cause of the obsolescence of these transactions has more to do with two main factors: (1) the modification of the circumstances that affect the investment and (2) a decrease in the negotiating power of the investor after the investment has been done. In regards to the first factor, the states, as well as all rational private parties, will generally continue to observe their obligations, to the extent that the perceived net benefits of the execution surpass those of defaulting. The historical context regarding the evolution of mining investment and the rationality of the market economy has proven that when, regardless of the reason, a state decided that the net costs of the execution are still greater than the perceived net benefits, the result will usually be a rejection of the obligation or at least a renegotiation request. The business segment of this area has not known any other directions, which leads to a predictability that acts in favour of the well-informed investor. For instance, a developing state that is attracted to a mining project proposed by a foreign mining company, due to a lack of funds and motivated by the perspective of high incomes that could benefit its economy, may very easily commit to a mining development agreement, even in an accelerated manner; however, after a few years have passed, in case the incomes do not fulfil the expectations of the government²² or if another mining company promises higher incomes, the government will cancel the agreement.

During the previously described operation, states take into account their own costs and benefits, without balancing them with the expenses and benefits of the international investor in mining. Before beginning the actual activity, investors first bring, in most cases, the means of transport, they install the drilling and operational platforms and, most often, they have to replace the conveyors, elevators and machinery, with or without installation (equipment, lines and technological plants that can only operate after the installation works are provided).

Therefore, generally, in the procedural stage, the expenses for construction, installation and assembly works, as well as those meant to acquire machines and means of transport, including the expenses for creating new assets, for developing, updating or reconstructing the existent ones, also taking into account the value of the services connected to the transfer of ownership over the existing assets and the plots of land bought from other units (commissions, taxes for authenticating certain documents and expenses related to the transport or loading/unloading etc.).

²¹ For details, please see „Getting to Yes”, Roger Fisher, William Ury and Bruce Patton, Second edition by Fisher, Ury and Patton, Random House Business Books 1991, p. 64.

²² In case it reaches the conclusion that the entire cost of doing so will not surpass the advantages that come from a new commitment.

However, most of the times, the value of the plots of land and of the assets of the host state that have been used (or that were acquired from other companies), the acquisition of objectives that are under execution, including geological works or the value of contributions and amounts granted in advance to third parties are not recognized as investments.

A second factor that contributes to the obsolescence/unprofitableness of state enterprises is the decline of negotiation power of the investor after an investment has been carried out. When it proposes an investment, the investor has a certain amount of negotiation power to ensure a favourable treatment and conditions for its investments, founded on the desire of the government to attract investments. Despite this, once the investor has invested and placed its capital under the sovereignty of the host state, the negotiation power of the host state is diminished, and the commitment risks becoming non-functional. Therefore, all foreign investors are facing a fundamental issue: how can they consolidate their amount of negotiation power? How can they be certain that host states will continue to observe commitments they undertook when the investment was made? One of the solutions that they might choose in this scenario could be that of increasing the costs charged in the host state for failure to fulfil the commitments, thus leading to a default of the treaty that is the object of the investor-state arbitration, as well as any other applicable mechanism available on the basis of the treaty. Also, the state should consider the negative impact on the investment climate. From the point of view of a foreign investor, raising such costs through provisions of the treaty is an incentive for the host countries to fulfil their obligations when facing opposite pressures. Furthermore, by granting through a treaty the right of using an investor-state arbitration to an individual investor leads to an increase of the negotiation power of the investors in their relation with the host government and it may have an effect over the continuous observance of their obligations to the state. As a consequence, the decision whether or not to continue to observe the obligations in relation to a certain investment, at least in theory, it should include in its calculation all the significant costs in the case of defending or losing an investor-state arbitration. In many situations, the mining investor, as employer of a large number of employees, can threaten massive layoffs²³. In the case of disputes, foreign investors respond to the host state with certain restrictions, when facing the position of power that states adopt in certain cases²⁴. Another example of

²³ An example in the investment field can be made of the case of the Micula brothers v. the Romanian state, a classical dispute wherein the investors, expecting financial facilities and tax exemptions from the state, state that they will lay off personnel in 2011, which would have affected some 4,000 employees in the production and distribution fields, on a national level.

²⁴ Restrictions regarding the resource assignment decisions. The second in terms of importance, the operational standard is that most governments are not free to assign various production factors,

restriction is the fact that governmental agencies and departments must track the objectives that the lawmaker specified for them. Companies exchange products and strategies in accordance to the market demands, whereas governmental departments or agencies cannot change their objectives with such ease. An example that is often used is that of the Ford Motor Company, that, when it realized that the vehicle named Edsel, launched in 1957, was a failure on the market, stopped producing it in 1959²⁵. Due to this kind of decision-making policies, Ford still is a strong competitor on this market segment. Experts have shown that, if Ford had been a governmental department, it might still be producing the Edsel to this day.

Due to these reasons, a large number of investment treaties contain provisions, commonly called „umbrella clauses²⁶”, whose only purpose is to ensure that these performance results of enterprises will be observed by the state²⁷ as part of the treatment owed to the investors.

Despite prolonged negotiations have been carried out, specialized projects have been drafted and strict commissioning mechanisms have been put into place, on the basis of which the parties have solemnly signed and stamped governmental agreements, many times the parties are put in the position of returning to the negotiation table in order to renegotiate their agreements. Therefore, a key challenge in negotiation with foreign governments it not obtaining the agreements, but maintaining the things that have been won/negotiated by the investor though its

such as the capital, labour force or technology. Private companies may decide who to hire and who to lay off, what equipment to buy and what not to buy, depending on their point of view, as this is an aspect that has an impact over the profitability of their company. Governmental departments may often adopt similar decisions, in accordance to the politically imposed standards. Since governmental business entities are usually subsidized by the state treasury and are controlled by government officials, their main purpose cannot be maximizing profit, as is the case of private companies, but the advancement of their social and political purposes. For instance, in the case of the production joint-venture between a company in the US and a foreign state capital company, when the demand for the product has dropped, the reaction of the US partner was to lay off some employees. Despite this, the state-owned company under governmental control, regardless of the reduced profitability, rejected this solution in order to prevent an increase of the unemployment in its country.

²⁵ Tom Dicke, *The Edsel: Forty years as a symbol of failure*, Journal of Popular Culture, 2010.

²⁶ Commonly known as „umbrella clauses”, these provisions generally say that „each contractual party must observe any obligation regarding the investments of the investors of the other contractual party”. Similar clauses may be found in multilateral agreements, such as the Energy Charter Treaty and ASEAN. The NAFTA chapter regarding investments (Chapter 11) does not contain any umbrella clause.

²⁷ Thus, depending on the exact terms of the umbrella clause and according to international law, states undertake to observe state mining claim agreements to operate public services, governmental permits/authorizations, to operate waste storage facilities, to offer the tax exemptions promised in the foreign investment codes, even the statements made by ministers to the investors during the investments. Many countries have viewed the consequences of such a standard treatment as a huge, undesirable and unjustified intrusion in what they consider their natural right to regulate the people and the activities on their land.

agreements. In this regard, the world has witnessed the renegotiation of the agreements regarding mineral and oil products in the 1960s and 1970s, many times facing nationalization initiatives of the host countries that threatened expropriations, the staggering of loans in the 1980s due to the debt crisis in developing countries, the restructuring of governmental infrastructure projects as an effect of the financial crisis in Asia at the end of the 1990s and the renegotiation of a series of transactions following the Argentinean collapse at the beginning of this century.

The renegotiation risk for apparently definitive agreements is especially present when interacting with governments, due to a variety of reasons. Governments often reserve the right to unilaterally modify the agreements for reasons related to the protection of national sovereignty, national security or public welfare. As the Arbitrage court has shown in its ICSID decision, given in *Vivendi*²⁸: „A state may infringe on a treaty without infringing on an agreement and vice versa²⁹„. More than that, the usual means of appeal in a court of law for infringement on the agreement may be unavailable or ineffective against governments that choose to adopt such positions. The changing nature of the political imperatives may determine governments to change their position on agreements that they have previously concluded. An extreme situation that any foreign investor may face is expropriation. In this regard, international law has always recognized the power of the state, as issuing source, to take properties away, at least for public reasons and with payment of reparations. Indeed, this power, derived from the state's sovereignty over all things within its borders, is an essential attribute of state sovereignty. In fact, a state cannot exercise this power in way that is valid in itself³⁰. Justifying this principle is the fact that the fundamental purpose of a state is to protect the public

²⁸ *Vivendi v. Argentina (II) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (fosta Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II) (ICSID Case No. ARB/03/19)*.

²⁹ The infringement of state agreements and of other obligations of the investors is not usually considered a breach of international law. In the case of loans in Serbia, the International Permanent Court of Justice stated that „any agreement that is not an agreement between states, in their quality of international law subjects, is based upon the internal legislation of those countries“. More recently, in *Noble Ventures v. Romania*, a case which involves alleged infringements of an agreement regarding the privatization of a Romanian steel producing enterprise, an ICSID court stated that: „the well-established rule of international general law, that, under normal conditions, is *per se* an infringement of an agreement by a state, does not directly create the international responsibility of the state“. With reference to Chapter three of the Projects of articles of the International Committee, regarding the responsibility of the state, adopted in 2001.

³⁰ Throughout the world, as has happened, for instance, in Albania or in Zambia, when the political opposite took a certain turn, when the pressures become too high to withstand, the governments that concluded the agreements will seek ways to cancel or redo these agreements to satisfy their own political interests. Therefore, it is important that foreign investors include in their negotiation mechanisms strategies that cover this risk.

interest of its citizens and, should such interest be adequately protected through nationalization, the state must be free to follow such a course of action. Due to their prevalence in relations with governments, the negotiators must understand the forces that cause renegotiations, the nature of the renegotiation process, as well as the best methods for renegotiating offers.

Conclusions

The investment environment must substantiate its order and hierarchy on a set of regulations with a mandatory character, as the soft law regulations, such as conduct codes of the transnational companies, the project of articles regarding the responsibility of states of the International Law Committee, the arbitration practices (that does not admit precedents) or other acts without mandatory force have proven insufficient. An especially important role is played by the common effort of experts to expose all the forceful positions, as well as the vulnerabilities of all the actors involved in international investments, so that, through a full and objective analysis of these aspects, firm regulatory solutions may be extracted. Negotiation, in all of its stages, is presently a singularly important solution and when its importance is not taken into account, the consumption of resources assigned for dispute resolution reaches maximum levels and overshadows the real economic purpose of foreign investors.

International investment law cannot go through a reformation stage until all the actors have known in detail and analyzed the advantages and disadvantages of their own role (including those that come from numerous disputes), and adapting the law, especially in international law, as is the case for many of its other branches, will most certainly be done in this field as well, as a situation that is different from that of other branches of law cannot be created, as in the case of the international investment law being impacted by legal retro sociology that also impacts the other branches. All these aspects make us return to the providential solution of adopting mandatory regulations in this field, so that the force of renegotiations or restrictions that the parties use does not usurp the force of the special mandatory regulations. Disputes in this field unavoidably lead to this progress, while the subjects of the law feel, more powerful than ever before, the need to use and observe hard law regulations that could support them in focusing their resources on the essential activities that they were incorporated for.

DESPRE DREPTUL DE PREEMPTIUNE REGLEMENTAT DE LEGEA NR. 17/2014

Prof. univ. dr. habil. Eugen CHELARU

*Lect. univ. dr. Adriana PÎRVU
Facultatea de Științe Economice și Drept
Universitatea din Pitești*

Rezumat

Codul civil conține o reglementare completă a dreptului de preempțiune la cumpărare, aplicabilă atât drepturilor legale cât și celor convenționale, indiferent de natura bunurilor. În cazul terenurilor agricole nu sunt indicați și titularii acestui drept, făcându-se trimitere la prevederile legilor speciale. Excepție fac arendașii.

Legea nr. 17/2014 a determinat categoriile de persoane care sunt titulare ale dreptului de preempțiune, o procedură de exercitare a acestuia, derogatorie de la normele Codului civil și un control administrativ referitor la respectarea prevederilor acestei legi, nu numai sub aspectul care ne interesează, ci și în privința altor reglementări. În același timp, se restrânge domeniul de aplicare a legii numai la vânzările voluntare.

Toate aceste chestiuni, precum și raportul existent între prevederile legii menționate și cele ale Codului civil formează obiectul acestui studiu.

1. Preliminarii

Instituție cunoscută vechiului drept românesc, dar căzută în desuetudine în timpul regimului comunist, dreptul de preempțiune a cunoscut o revigorare începând cu anul 1991, când noua lege a fondului funciar l-a instituit în cazul terenurilor agricole situate în extravilan.

Definit ca o facultate recunoscută de lege unor categorii de persoane, de a dobândi dreptul de proprietate asupra unor terenuri agricole situate în extravilan, în cazul înstrăinării lor prin vânzare, cu preferință față de orice alt cumpărător, la preț și în condiții egale, dreptul de preempțiune a născut controverse în ceea ce privește natură sa juridică. Aceste controverse s-au accentuat pe măsură ce alte acte

normative au reglementat drepturi de preempțiune legale iar Codul civil intrat în vigoare la 1 octombrie 2011 a făcut distincție între drepturile de preempțiune legale și cele convenționale.

Astfel, pornind de la caracterul său opozabil *erga omnes* și luând în calcul „modalitatea de exercitare directă și nemijlocită fără a implica în mod necesar concursul altei persoane”², o parte a doctrinei a clasificat dreptul de preempțiune ca fiind un drept real³.

În ceea ce ne privește, am susținut că dreptul de preempțiune nu poate fi un drept real, pentru că nu există ca atare în patrimoniul titularului, ci ia naștere doar atunci când s-a creat situația premisă prevăzută de legiuitor (respectiv exprimarea intenției de vânzare de către proprietarul terenului) și nici nu este un atribut al dreptului de proprietate pe care acesta să-l exercite asupra propriului teren sau asupra terenului scos la vânzare; acțiunea care-l protejează nu este reală, ci personală și nu-i conferă titularului dreptul de urmărire și dreptul de preferință. Ca urmare, dreptul de preempțiune nu ar putea fi decât un drept relativ⁴, fapt ce implică necesitatea unei anumite conduite din partea subiectului pasiv al raportului juridic, pe care subiectul activ o poate pretinde, conduită în absența căreia dreptul nu se poate exercita.

O parte a doctrinei a inclus în mod explicit dreptul de preempțiune în categoria drepturilor de creanță, aducând ca argumente caracterul temporar al dreptului (acesta încetează, în principiu, la moartea titularului) și caracterul personal al acestuia. Ca drept de creanță, dreptului de preempțiune i-ar corespunde obligația corelativă de a nu face, „respectiv obligația proprietarului bunului în legătură cu care s-a constituit dreptul de a nu încheia un contract de vânzare în care să nu figureze condiția suspensivă ca preemtorul să nu cumpere bunul”⁵.

¹ Într-o speță relativ recentă, CJUE a precizat, referindu-se la un pact de preferință, faptul că acesta conferă un drept real, caracterizându-l astfel tocmai datorită opozabilității sale *erga omnes*. A se vedea C – 438/12 Weber, disponibilă la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150286&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=90958>, accesat în data de 25.09.2017, ora 13.00.

² M. Tăbăraș, *Dreptul de preempțiune în legislația română contemporană, între restricționare și liberalizare*, în *Curierul Judiciar* nr. 6/2014, p. 315.

³ În acest sens, a se vedea Gh. Beleiu, *Dreptul de preempțiune reglementat de Legea nr. 18/1991 a fondului funciar*, în *Dreptul* nr. 12/1992, p. 5; I. Adam, *Regimul juridic al dobândirii și înstrăinării imobilelor – terenuri și construcții*, Ed. Europa Nova, București, 1996, p. 76. Pentru critica adusă acestei opinii a se vedea E. Chelaru, *Dreptul de preempțiune reglementat de Codul silvic*, în *Dreptul* nr. 6/1997, pp. 18-19, L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 129-130.

⁴ E. Chelaru, *Circulația juridică a terenurilor*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 167.

⁵ R. Dincă, *Contractele civile speciale, în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 71.

S-a spus și că, pentru titularul său, dreptul de preempțiune este un privilegiu, consacrat pe cale legală sau convențională, care îi permite să dobândească în proprietate un bun mobil sau imobil ori „un dezmembrământ accesibil al dreptului de proprietate, cu prioritate față de alte persoane”⁶.

Din perspectiva titularului dreptului de proprietate, dreptul de preempțiune acționează ca o limitare a dreptului de dispoziție juridică asupra bunurilor care fac obiectul dreptului⁷.

În fine, a fost exprimată și opinia potrivit căreia dreptul de preempțiune este un drept potestativ⁸, el oferindu-i titularului posibilitatea de a opta între a exercita sau nu preempțiunea⁹.

Dreptul de preempțiune poate fi legal sau convențional (pactul de preferință). Astfel, un drept de preempțiune poate fi guvernat de dreptul comun (Codul civil, art. 1730-1740), de o lege specială sau de voința părților, în cazul preempțiunii convenționale (prevederile Codului civil cuprinse în art. 1730-1740 fiind norme supletive, părțile pot deroga de la acestea).

Dreptul de preempțiune nu își produce efectele decât în cazul în care are loc o înstrăinare prin vânzare a bunului vizat. Codul civil se referă expres la posibilitatea preemptorului de a „cumpăra” cu prioritate un bun (art. 1730 alin. (1)). În plus, se apreciază că dreptul de preempțiune este eficient numai în situația în care vânzarea nu este una cu caracter *intuitu personae*¹⁰.

În ceea ce privește obiectul vizat de dreptul de preempțiune, se apreciază că acesta poate fi un bun mobil sau imobil, în întreg sau în cotă-parte¹¹. Codul civil reglementează dreptul de preempțiune în general. Drepturile de preempțiune speciale, ce vizează bunuri cu un regim juridic aparte, sunt reglementate prin acte normative distincte, respectiv prin legi speciale. Amintim aici:

- Legea nr. 46/2008 (Codul silvic), împreună cu Codul civil (art. 1746) - reglementează dreptul de preempțiune în cazul terenurilor forestiere;

⁶ M. Tăbăraș, *loc. cit.*, p. 167-168.

⁷ E. Chelaru, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea Noului Cod civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 209.

⁸ A se vedea I. Negru, D. Corneanu (I), A.G. Ilie, M. Nicolae (II), *Discuții în legătură cu natura juridică a dreptului de preempțiune*, în *Dreptul nr. 1/2004*, pp. 22-64; V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. 1, Ed. Humanitas, București, 2004, pp. 335-338; D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Volumul I. Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 100.

⁹ În același sens, a se vedea D. Chirică, *Dreptul de preempțiune în noul Cod civil*, *Revista Română de Drept Privat* nr. 4/2015, pp. 34-35; M. Moise, *Dreptul de preempțiune reglementat de Codul civil, din perspectiva practicii notariale*, în *Buletinul Notarilor Publici* nr. 2/2012, pp. 10-19.

¹⁰ În acest sens, D. Chirică, *loc. cit.*, p. 35.

¹¹ *Ibidem*.

- Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică - reglementează dreptul de preempțiune în cazul bunurilor expropriate care sunt puse în vânzare de către stat;

- Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii - reglementează dreptul de preempțiune în cazul activelor disponibile ale societăților și companiilor naționale, societăților comerciale cu capital de stat, precum și ale regiilor autonome;

- Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării de terenuri agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului - reglementează dreptul de preempțiune în cazul terenurilor agricole din extravilan.

Având în vedere toate aceste reglementări, credem că pentru determinarea naturii juridice a dreptului de preempțiune trebuie făcută, pe de o parte, distincție între dreptul de preempțiune legal și cel convențional, iar pe de altă parte, trebuie stabilit ce este el din punctul de vedere al părților implicate, respectiv proprietarul bunului scos la vânzare, preemptorul și cumpărătorul.

Astfel, în cazul dreptului de preempțiune legal, pentru vânzător, dreptul de preempțiune este o limită legală a dreptului de proprietate asupra unui bun mobil sau imobil, dar și o limitare a capacității de folosință.

Pentru beneficiar dreptul de preempțiune este un drept potestativ, pentru că-i permite acestuia să-l exercite în mod direct și să determine modificarea unei situații juridice.

Din perspectiva terțului cumpărător dreptul de preempțiune este o limitare a capacității de folosință pentru că, dacă acesta dorește să cumpere bunul, legea îl obligă să încheie contractul numai sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preempțiune de către cumpărător (art. 1731 C. civ.) Din acest motiv am afirmat că și pentru vânzător dreptul legal de preempțiune constituie o limitare a capacității de folosință.

Dreptul de preempțiune constituit pe cale convențională reprezintă pentru beneficiar un drept relativ, similar dreptului pe care-l are beneficiarul unei promisiuni unilaterale de vânzare. Pentru vânzător, acesta constituie o obligație contractuală de a face, al cărei conținut constă în obligația de a încheia un eventual contract de vânzare numai cu preemptorul.

Pentru terțul cumpărător dreptul de preempțiune constituie tot o limitare a capacității de folosință, instituită de art. 1731 C. civ.

Conform art. 1730 alin. (2) C. civ., părțile actului juridic prin care a fost instituit dreptul de preempțiune pot să deroge de la prevederile care reglementează acest drept. Ca urmare, dacă derogarea se referă chiar la art. 1731 C. civ., preemptorul al

căru drept a fost încălcat nu va putea pretinde decât despăgubiri. Într-o asemenea situație, pentru terțul cumpărător, dreptul de preempțiune nu îi este opozabil în niciun mod iar preemtorul nu va putea pretinde decât despăgubiri de la cel obliga față de el.

2. Obiectul de reglementare al Legii nr. 17/2014

Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului¹² este legea specială aplicabilă vânzării terenurilor agricole aflate în extravilan. Adoptare acestei legi este o timidă încercare de limitare a dezastrului cauzat atât de liberalizarea necontrolată a circulației juridice a acestor bunuri, dezastru care este consecința incompletei reglementări a dreptului cetățenilor străini, apatrizilor și persoanelor juridice din țările membre ale Uniunii Europene de a dobândi terenuri în România¹³, dar și de o legislație care le-a permis persoanelor fizice și juridice care provin din țări din afara Uniunii Europene să eludeze interdicția dobândirii dreptului de proprietate asupra terenurilor prin înființarea de persoane juridice cu sediul în România.

3. Domeniul de aplicare al Legii nr. 17/2014

Legea nr. 17/2014 oferă cadrul legal pentru vânzarea-cumpărarea terenurilor agricole aflate în extravilan. Legea nu se aplică terenurilor agricole din intravilan (art. 2 alin. (1)).

Legiuitorul a stabilit expres, prin art. 2 alin. (2) din lege, faptul că prevederile acesteia se aplică cetățenilor români, respectiv cetățenilor unui stat membru al Uniunii Europene, ai statelor care sunt parte la Acordul privind Spațiul Economic European (ASEE) sau ai Confederației Elvețiene, precum și apatrizilor cu domiciliu în România, într-un stat membru al Uniunii Europene, într-un stat care este parte la ASEE sau în Confederația Elvețiană, precum și persoanelor juridice având naționalitatea română, respectiv a unui stat membru al Uniunii Europene, a statelor care sunt parte la ASEE sau a Confederației Elvețiene.

Cetățenii unui stat terț și apatrizii cu domiciliul într-un stat terț, dar și persoanele juridice ce au naționalitatea unui stat terț pot dobândi dreptul de proprietate

¹² Publicată în M. Of. nr. 178 din 12.03.2014.

¹³ Acest drept a fost reglementat prin Legea nr. 312/2005.

asupra terenurilor agricole situate în extravilan numai în cazul în care există tratate internaționale încheiate de statul român, ce prevăd condiții de reciprocitate.

Legea nr. 18/1991 a fondului funciar clasifică terenurile agricole în 4 categorii:

- terenuri agricole productive, respectiv: terenuri arabile, livezi, vii, pepiniere viticole, pomicele, plantații de hamei și duzi, pajiști permanente, sere, solare, rasadnițe etc.;

- terenuri cu vegetație forestieră, dacă nu sunt incluse în amenajamentele silvice, pășunile împădurite;

- terenuri ocupate cu construcții și instalații agrozootehnice, amenajări piscicole și de îmbunătățiri funciare, drumurile tehnologice și de exploatare agricolă, platformele și spațiile de depozitare care servesc nevoilor producției agricole;

- terenuri neproductive care pot fi amenajate în cadrul perimetrelor ameliorate și folosite pentru producția agricolă.

Nu intră sub incidența Legii nr. 17/2014 terenurile situate în intravilan sau terenurile cu destinație forestieră.

Legea se aplică numai pentru situațiile în care se ajunge la înstrăinarea unui teren agricol situat în extravilan, în temeiul unui contract de vânzare-cumpărare sau a unei hotărâri judecătorești care ține loc de contract de vânzare.

Vânzarea terenurilor agricole din extravilan se face cu respectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil (art. 4 alin. (1)).

Prevederile legii se aplică și în cazurile în care se solicită pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract de vânzare-cumpărare, în baza unor antecontracte încheiate potrivit prevederilor Codului civil și care respectă condițiile legii. În același timp este necesar ca terenul ce face obiectul antecontractului să fie înscris la rolul fiscal și în cartea funciară (art. 5 alin. (1)).

Sunt exceptate de la aplicarea prevederilor legii acele contracte de vânzare-cumpărare încheiate între coproprietari, soți, rude și afini până la gradul al treilea, inclusiv (art. 20 alin. (2) din lege).

Legea nu se aplică nici în cazul înstrăinărilor rezultate ca urmare a aplicării procedurilor de executare silită sau contractelor încheiate ca efect al îndeplinirii formalităților de licitație publică (art. 20 alin. (3)). Legiuitorul a înțeles astfel să deroge de la prevederile art. 1738 C. civ., potrivit cărora: „În cazul în care bunul face obiectul executării silite sau este scos la vânzare silită cu autorizarea judecătorului-sindic, dreptul de preempțiune se exercită în condițiile prevăzute de Codul de procedură civilă”.

După părerea noastră, soluția adoptată de legea specială constituie o involuție în materie pentru că deschide calea fraudării legii prin neplata datoriilor de către cel obligat să respecte dreptul de preempțiune. De exemplu, este suficient ca proprietarul unui teren agricol situat în extravilan să constituie asupra acestuia o ipotecă, iar apoi

să nu-și plătească datoria astfel garantată, pentru a atrage executarea silită și a evita aplicare prevederilor legale referitoare la dreptul de preempțiune.

Potrivit art. 20 alin. (1), legea nu se aplică antecontractelor și pactelor de opțiune care au fost autentificate la notariat anterior intrării acesteia în vigoare. Curtea Constituțională a stabilit, însă, că această prevedere nu este constituțională. Curtea a apreciat că „persoanele care au încheiat antecontracte de vânzare în formă autentică, pe de o parte, și persoanele care au încheiat antecontracte de vânzare fie sub forma unui înscris sub semnătură privată, fie sub forma unui înscris atestat de către un avocat, pe de altă parte, având ca obiect terenuri agricole situate în extravilan, se află în aceeași situație juridică (...). Singura diferență ce poate fi reținută între aceste două categorii de persoane se referă la forma încheierii antecontractului, aspect care nu este de natură de a crea situații juridice diferite pentru părțile acestor două tipuri de antecontract, având în vedere faptul că, indiferent de forma acestuia, efectele produse sunt aceleași. (...) Efectele generate de cele două tipuri de antecontracte, constând în obligația de a încheia în viitor contractul de vânzare, trebuie să fie guvernate de același act normativ, reprezentat de legea în vigoare la data realizării transferului dreptului de proprietate, și anume Legea nr. 17/2014”¹⁴.

4. Titularii dreptului de preempțiune

Potrivit art. 4 alin. (1) teza finală, înstrăinarea terenurilor agricole din extravilan se poate realiza, prin vânzare, „numai cu respectarea dreptului de preempțiune al coproprietarilor, arendașilor¹⁵, proprietarilor vecini și al statului român, prin Agenția Domeniilor Statului, în această ordine, la preț și în condiții egale”.

Normele metodologice privind exercitarea de către Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale a atribuțiilor ce îi revin pentru aplicarea Titlului I din Legea nr. 17/2014¹⁶ definesc preemptorul ca fiind „titularul dreptului de preempțiune care poate să cumpere cu prioritate un teren agricol situat în extravilan, față de care deține calitatea de coproprietar, arendaș, proprietar vecin sau statul prin Agenția Domeniilor Statului, în ordinea stabilită de lege”.

Preemptorii pot fi de același grad sau de grade diferite.

Sunt preemptori de același rang cei care aparțin aceleiași categorii stabilite de lege: coproprietari, arendași sau proprietari vecini.

¹⁴ Decizia Curții Constituționale nr. 755/2014, disponibilă la <https://www.ccr.ro/files/products/755.pdf>, accesat în data de 20.09.2017, ora 22.00.

¹⁵ Potrivit art. 11 din lege: „Arendașul care dorește să cumpere terenul agricol situat în extravilan trebuie să dețină această calitate pentru terenul respectiv, stabilită printr-un contract de arendă valabil încheiat și înregistrat potrivit dispozițiilor legale, la momentul afișării ofertei de vânzare la sediul primăriei”.

¹⁶ Publicate în M. Of. nr. 401 din 30.05.2014.

Preemptorii de rang diferit sunt cei care dețin o poziție superioară sau inferioară în ordinea categoriilor legale de preemptori, poziție ce le asigură posibilitatea exercitării dreptului de preempțiune cu respectarea acestei ordini, de la rangul superior, până la ultimul¹⁷.

Instituirea acestui drept de preempțiune în favoarea coproprietarilor, arendașilor, proprietarilor vecini și statului român reprezintă principalul mijloc prin care se dorește atingerea unuia dintre principalele scopuri ale legii: comasarea terenurilor agricole în vederea creșterii dimensiunii fermelor agricole și constituirea exploatațiilor viabile economic (art. 1 lit. c) din lege).

Menționam anterior faptul că dreptul de preempțiune este eficient numai în situația în care nu este vorba despre o înstrăinare cu caracter *intuitu personae*. Pornind de la acest aspect, legiuitorul a prevăzut expres în art. 20 alin. (2) că sunt exceptate de la aplicarea prevederilor legii acele contracte de vânzare-cumpărare încheiate între coproprietari, soți, rude și afini până la gradul al treilea, inclusiv.

Se apreciază că dreptul de preempțiune nu produce efecte chiar dacă înstrăinarea prezintă doar în parte elemente *intuitu personae*, cum este cazul unui contract în care înstrăinarea se face atât în schimbul unei sume de bani dar și a întreținerii unui terț sau a înstrăinătorului¹⁸.

5. Exercițarea dreptului de preempțiune

Spre deosebire de procedura de drept comun aplicabilă în cazul dreptului de preempțiune, în care, pentru valorificarea dreptului vânzătorul este obligat să notifice de îndată preemptorului cuprinsul contractului încheiat cu un terț, în cazul terenurilor agricole situate în extravilan legiuitorul a stabilit o procedură specială, derogatorie.

Potrivit art. 6 alin. (1) din lege, vânzătorul trebuie să înregistreze, la primăria din raza unității administrativ teritoriale unde se află terenul, o cerere prin care solicită afișarea ofertei de vânzare a terenului agricol situat în extravilan, în vederea aducerii acesteia la cunoștința preemptorilor.

În anumite situații, demararea procedurilor de afișare a ofertei de vânzare poate fi precedată de necesitatea obținerii unor avize.

Astfel, potrivit art. 4 alin. (3) din lege, pentru terenurile agricole situate în extravilan, pe care se află situri arheologice, în care au fost instituite zone cu patrimoniu arheologic reperat sau zone cu potențial arheologic evidențiat întâmplător, înstrăinarea se poate realiza numai cu obținerea prealabilă a unui aviz specific al Ministerului Culturii, respectiv al serviciilor publice deconcentrate ale acestuia. La solicitarea vânzătorului, primăria trebuie să emită, în termen de 3 zile, o adresă în

¹⁷ A se vedea art. 2 lit. g) din normele metodologice.

¹⁸ A se vedea D. Chirică, *loc. cit.*, p. 35.

care să menționeze dacă este necesar sau nu avizul Ministerului Culturii. Dacă un astfel de aviz este necesar, primăria trebuie să comunice un exemplar original al adresei biroului de cadastru și publicitate imobiliară competent, în vederea notării acesteia în cartea funciară. Ministerul Culturii va emite, prin direcția județeană de cultură, avizul la solicitarea vânzătorului, în termen de 20 de zile lucrătoare de la înregistrarea cererii de solicitare. În cazul în care avizul nu se comunică în termen de 20 de zile, acesta se consideră a fi favorabil.

În situația în care se dorește înstrăinarea prin vânzare a unui teren agricol situat în extravilan, pe care se află situri arheologice clasate, această vânzare se face cu respectarea prevederilor Legii nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice, republicată, cu modificările ulterioare. În cazul existenței unui monument istoric pe terenul agricol situat în extravilan, titularii ai dreptului de preempțiune vor fi în acest caz, cei enumerați de Legea nr. 422/2001, respectiv statul român, prin Ministerul Culturii și Cultelor sau prin serviciile publice deconcentrate ale ministerului (art. 4 alin. (4) din Legea nr. 422/2001).

În cazul terenurilor agricole situate în extravilan, pe o adâncime de 30 de km față de frontiera de stat și țărmul Mării Negre, către interior, precum și cele situate la o distanță de până la 2.400m față de obiectivele speciale, pentru înstrăinarea lor, este necesară obținerea în prealabil a unui aviz specific al Ministerului Apărării Naționale, ce se eliberează în urma consultării cu organele de stat cu atribuții în domeniul siguranței naționale, prin structurile interne specializate (art. 3 alin. (1) din lege). Acest aviz nu mai este necesar, în cazul în care terenul este dobândit de unul dintre preempтори: „Prevederile alin. (1) nu se aplică preempților” (art. 3 alin. (2)).

Atunci când nu este necesară obținerea unor avize de la ministere de specialitate, vânzătorul trebuie să urmeze procedura prevăzută de art. 6 din Legea nr. 17/2014 și să introducă o cerere la primăria în raza căreia se află terenul, prin care să solicite afișarea ofertei de vânzare a terenului. Cererea trebuie să fie însoțită de oferta de vânzare a terenului și de documentele doveditor prevăzute de lege.

Primăria are obligația ca, în termen de o zi lucrătoare de la data înregistrării cererii, să afișeze la sediul său și după caz, pe pagina sa de internet, pentru o perioadă de 30 de zile, oferta de vânzare (art. 6 alin. (2)).

Pentru o mai mare transparență a vânzării, structura centrală și structurile teritoriale din cadrul Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale, în urma primirii documentelor prevăzute de lege de la primăria competentă, au obligația să afișeze și ele oferta de vânzare, pe site-urile proprii, timp de 15 zile (art. 6 alin. (3) și (4)).

Titularul dreptului de preempțiune are la îndemână un termen de 30 de zile de la afișarea ofertei, pentru a-și manifesta în scris intenția de cumpărare, pentru a comunica acceptarea ofertei vânzătorului și pentru a o înregistra la sediul primăriei unde aceasta a fost afișată (art. 7 alin. (1)).

Dacă mai mulți preemptori de rang diferit își manifestă, în scris, intenția de cumpărare, la același preț și în aceleași condiții, vânzătorul alege cumpărătorul, cu respectarea ordinii stabilite prin art. 4 din lege, și trebuie să comunice primăriei numele acestuia.

Atunci când numai preemptori de același rang își manifestă intenția de cumpărare, la același preț și în aceleași condiții, vânzătorul este liber să îl aleagă pe oricare dintre aceștia, urmând să comunice primăriei numele cumpărătorului ales.

O situație interesantă este aceea în care un preemptor de rang inferior oferă un preț superior celui din oferta de vânzare sau oferit de preemptorii de rang superior lui, care au acceptat oferta. În acest caz, vânzătorul poate relua procedura cu preemptorii de rang superior, cu înregistrarea ofertei de vânzare cu acest nou preț. Această procedură se poate utiliza o singură dată, în termen de 10 zile de la împlinirea termenului de 30 zile. Vânzătorul trebuie să comunice, la sfârșitul acestor 10 zile, numele preemptorului ales.

În cazul în care nici unul dintre titularii dreptului de preempțiune nu își manifestă intenția de cumpărare a bunului în termenului de 30 de zile de la afișarea ofertei de vânzare, proprietarul terenului este liber să îl vândă, cu respectarea dispozițiilor legale. Această vânzare nu se poate însă realiza la un preț mai mic decât cel cerut în oferta de vânzare ori în condiții mai avantajoase decât cele cuprinse în ofertă. În caz contrar, vânzarea va fi lovită de sancțiunea nulității absolute.

Întreaga procedură de exercitare a dreptului de preempțiune se finalizează cu emiterea unui aviz necesar încheierii contractului în formă autentică de către notarul public sau pronunțării unei hotărâri de către instanța de judecată care să țină loc de contract de vânzare. În funcție de întinderea terenului, avizul se emite de către structurile teritoriale (pentru terenuri cu suprafața de până la 30 de ha inclusiv) sau de către structura centrală (pentru terenuri cu suprafața mai mare de 30 de ha). Aceste structuri verifică îndeplinirea condițiilor legale și trebuie, în termen de 5 zile lucrătoare de la primirea documentelor, să emită avizul. Avizul emis de structuri nu este necesar în situația în care preemptorii nu își manifestă dorința de cumpărare. Într-o astfel de situație, primăria îi eliberează vânzătorului o adeverință însoțită de o copie certificată a ofertei de vânzare, iar vânzătorul este liber să vândă bunul cui dorește, cu respectarea prevederilor legale.

În cazul avizelor ce trebuie emise de Ministerul Culturii și Cultelor sau de Ministerul Apărării Naționale, legiuitorul a stabilit că ele se consideră favorabile în situația în care nu sunt emise în termenul prevăzut de lege. În cazul omisiunii Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale, prin structurile sale, de a emite avizul în termenul prevăzut de lege, nu există o prevedere similară. Din acest motiv se consideră că la încheierea vânzării este obligatorie prezentarea avizului final favorabil, în cazul în care contractul se încheie cu un preemptor, sau a unei adeverințe

emise de primărie privind vânzarea liberă, în cazul în care nu există o acceptare a ofertei din partea preemtorilor¹⁹.

Înstrăinarea prin vânzare-cumpărarea terenurile agricole situate în extravilan, fără respectarea dreptului de preempțiune sau fără obținerea avizelor prevăzute de lege este interzisă, potrivit art. 16 din lege și se sancționează cu nulitatea relativă.

Dispozițiile legale prezentate mai sus se completează cu prevederile dreptului comun.

6. Efectele exercitării dreptului de preempțiune

Dreptul de preempțiune este conceput, așa cum rezultă chiar din modul său de definire, pentru a fi exercitat, în principiu, anterior încheierii unui contract de vânzare-cumpărare cu un terț. Existența dreptului de preempțiune ar trebui să împiedice încheierea valabilă a unui contract de vânzare cu un terț.

Pornind însă de la realitatea faptică, constatând că de multe ori dreptul de preempțiune este „ocolit” de vânzător, legiuitorul a apreciat ca fiind oportun să reglementeze prin Codul civil, în art. 1733, efectele exercitării preempțiunii în situația încheierii prealabile a unui vânzări cu un terț, instituind o „substituire”²⁰ a terțului cu preemtorul. Astfel, potrivit art. 1733 alin. (1), între preemtor și vânzător contractul se consideră încheiat în condițiile cuprinse în contractul încheiat de vânzător cu terțul, contract ce se desființează retroactiv. În cazul în care terțul este de bună-credință, vânzătorul va fi ținut să răspundă față de acesta pentru evicțiunea rezultată prin exercitarea preempțiunii.

Pentru a nu putea fi eludate aceste prevederi, legiuitorul stabilește în alineatul următor faptul că nu vor produce efecte față de preemtor acele clauze din contractul încheiat cu terțul care au drept scop împiedicarea exercitării dreptului de preempțiune.

Legea nr. 17/2014 nu oferă posibilitatea considerării contractului de vânzare ca fiind încheiat între preemtor și vânzător în condițiile cuprinse în contractul încheiat cu terțul. Odată exercitat dreptul de preempțiune, la încheierea procedurii prevăzute de lege, contractul de înstrăinare prin vânzare a unui teren agricol situat în extravilan se va încheia între vânzător și preemtor. În cazul în care contractul se încheie între vânzător și un terț, cu nerespectarea dreptului de preempțiune, el va fi lovit de nulitate relativă.

¹⁹ Îndrumarul de aplicare a Legii nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan (...) și a normelor sale metodologice aprobat de Consiliul Uniunii Notarilor Publici din România în 30.05.2014, p. 10, disponibil la file:///C:/Users/Maria/Downloads/documents.tips_indrumar-de-aplicare-a-legii-nr-172014.pdf, accesat în data de 20.09.2017, ora 17.00.

²⁰ De fapt, nu este o vorba despre o veritabilă substituție, de vreme ce contractul în cauză este desființat retroactiv. În acest sens, a se vedea și D. Chirică, *loc. cit.*, p. 45.

Așa cum am arătat și în cazul dreptului de preempțiune la înstrăinarea prin vânzare a terenurilor forestiere, reglementat de Codul silvic²¹, sancțiunea nulității care intervine în cazul încălcării dreptului de preempțiune este pur distructivă și nu servește în niciun fel realizării scopului legii. Scopul legii, enunțat în art. 1 lit. c), constă în comasarea terenurilor agricole în vederea creșterii dimensiunilor fermelor agricole și constituirea exploatațiilor viabile economic. Acest scop ar fi putut fi atins dacă legiuitorul ar fi reglementat o procedură care să-i permită preemtorului să se substituie în drepturile cumpărătorului inițial, așa cum a făcut-o în cazul dreptului de preempțiune reglementat de art. 37 din Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, soluție legislativă pe care o considerăm a fi preferabilă chiar și celei conținute de actualul Cod civil²².

7. Raporturile cu reglementarea conținută de Codul civil

Codul civil conține reglementarea generală a dreptului de preempțiune, ce se regăsește în cuprinsul art. 1730-1740. Totodată, Codul civil conține și câteva reglementări speciale ale dreptului de preempțiune, așa cum sunt cele din materia vânzării terenurilor forestiere (art. 1746) sau cele din materia arendării (art. 1849).

Această din urmă reglementare conține o suprapunere parțială cu prevederile Legii nr. 17/2014, în ce privește reglementarea dreptului de preempțiune. Potrivit art. 1849 din Cod, arendașul are dreptul de preempțiune cu privire la bunurile agricole arendate și acest drept se exercită potrivit art. 1730-1739. Constatăm că art. 1849 conține o reglementare generală a dreptului de preempțiune cu privire la bunurile agricole, în vreme ce Legea nr. 17/2014 reprezintă legea specială aplicabilă exclusiv în materia vânzării terenurilor agricole situate în extravilan. Prevederile acestei legi, se completează așa cum menționam anterior și cum însuși legiuitorul precizează în art. 8, cu prevederile Codului civil.

Procedura exercitării dreptului de preempțiune în cazul înstrăinării prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan derogă, sub multiple aspecte, de la procedura exercitării dreptului de preempțiune reglementată de Codul civil. Spre deosebire de prevederile Codului civil, care permit realizarea procedurilor necesare exercitării preempțiunii chiar și ulterior încheierii vânzării pe calea unei notificări (art. 1732 alin. (1))²³, Legea nr. 17/2014 instituie în sarcina vânzătorului anumite

²¹ A se vedea E. Chelaru, *op. cit.*, pp. 212-213.

²² Textul de lege citat, care reglementează dreptul de preempțiune al fostului proprietar la cumpărarea imobilului expropriat, care nu a fost folosit pentru realizarea lucrării de utilitate publică, îi permite preemtorului să se substituie în drepturile cumpărătorului, plătindu-i acestuia prețul precum și cheltuielile vânzării.

²³ M. Tăbăruș, *loc. cit.*, p. 323.

obligații prealabile vânzării. Legiuitorul reglementează în detaliu procedura prealabilă exercitării drepturilor de preempțiune.

Sub aspectul sancțiunilor, constatăm că Legea nr. 17/2014 instituie o formă de răspundere agravată, față de cea pe care o regăsim în Codul civil. Astfel, reglementarea de drept comun, conținută de Codul civil, pune accent pe „salvarea” actului juridic încheiat cu încălcarea dreptului de preempțiune, actul fiind menținut și considerat ca fiind încheiat sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preempțiune de către preemptor (art. 1731 din cod). În schimb, Legea nr. 17/2014 prevede pentru înstrăinarea terenului printr-un act de vânzare încheiat cu nerespectarea dreptului de preempțiune, sancțiunea nulității relative (art. 16 din lege).

Constatăm că întreaga procedură reglementată de Legea nr. 17/2014 pentru exercitarea dreptului de preempțiune cu privire la terenurile agricole din extravilan este una complexă, menită să protejeze interesele titularilor dreptului de preempțiune. Se apreciază chiar, că această procedură ar fi una vătămătoare pentru vânzător, de vreme ce acesta este lăsat fără protecție juridică în situația în care, deși a îndeplinit toate formalitățile legale, preemptorul decide să nu accepte oferta de vânzare. Astfel, „legiuitorul nu se gândește să răsplătească sau(...) să salveze îndeplinirea unei proceduri costisitoare și anevoioase sub aspect temporal, pecuniar și, de ce nu emoțional, de către vânzător, în ipoteza neperfectării vânzării exclusiv din vina instigatorului ofertei de vânzare, titular al preempțiunii, care se răzgândește ulterior îndeplinirii de către vânzător a tuturor procedurilor necesare exercitării dreptului de preempțiune”²⁴.

8. Concluzii

Considerăm că instituirea unor drepturi de preempțiune la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan este benefică și servește scopului enunțat de legiuitor.

Ne este însă greu să înțelegem de ce în această materie se manifestă atâta inconsecvență. Singura explicație care ne vine în minte este aceea că unele interese private s-au dovedit a fi mai puternice decât obligația, care le revine guvernanților, de a asigura binele public. Avem în vedere faptul că dreptul de preempțiune la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan fusese instituit chiar de prevederile Legii fondului funciar nr. 18/1991 (art. 67), menținut de Legea nr. 54/1998 (art. 5-10) și suprimat de Legea 247/2005.

Codul civil cunoaște o timidă revenire la concepția inițială a legiuitorului, insti-tuind prin art. 1849 un drept de preempțiune al arendașului.

Este de criticat apoi această tendință a legiuitorului de a nu corela prevederile actelor normative noi cu cele deja existente în legislația aflată în vigoare. Concret,

²⁴ *Idem*, p. 326.

apreciem că nu se justifică prin nimic reglementarea unei proceduri de exercitare a dreptului de preempțiune, în condițiile în care Codul civil, la care legea specială face trimitere, conținea o reglementare completă a materiei. Poate că singura derogare de la dreptul comun care trebuia adoptată se referea la sancțiunea care intervine în cazul nerespectării dreptului de preempțiune. Și în acest caz însă legiuitorul a optat pentru o soluție mai rea decât aceea existentă în dreptul comun.

Totuși, inconsecvențele legiuitorului român nu ar trebui să ne mai mire, nu-i așa? Chiar și atunci când acesta urmărește atingerea unor scopuri benefice.

AUTONOMIA SOCIETĂȚII CIVILE CA GARANȚIE A LIBERTĂȚII

Prof. univ. dr. Dan Claudiu DĂNIȘOR
Școala Doctorală a Facultății de Drept,
Universitatea din Craiova,
Academia de Științe Juridice din România
Academia Oamenilor de Știință din România



„Crearea societății civile este reușita lumii moderne”¹. Emergența unei noi forme de societate, civilă, s-a produs în epoca modernă prin părăsirea societății clericale și militare. Societatea modernă este „civilă” în primul rând prin contrast cu aceste trăsături ale societății pre-moderne. Odată cu realizarea separației statului de biserică și transformarea armatei într-un corp subordonat puterii politice, această opoziție definitorie se estompează, lăsând locul alteia, cea între societatea politică modernă, bazată pe dezangajarea cetățeanului față de castele vechiului regim sau, mai larg, față de grupurile de identificare primară, și revendicările identitare, care fac necesară construirea unei sfere autonome față de politic, o sferă civilă, în care oamenii își regăsesc identitatea privată, pe care nu o mai pot manifesta în spațiul public, politic. Societatea civilă este reconstruită prin opoziție față de societatea politică. Ea este o societate depolitizată. Chintesența acestei societăți autonome față de politic este economia. Separația de politic se face în economie, motiv pentru care capitalismul pare cosubstanțial cu modernitatea. Și, cum statul devine forma ultimă a politicului, bazându-se pe apartenența *obligatorie* și dominând spațiul public prin reprezentarea interesului general, limitarea lui trebuie să se facă prin instituirea unei sfere a vieții sociale care rămâne expresia interesului particular și se bazează pe asocierea *voluntară*. Această nouă identitate a societății civile se construiește prin opoziție față de stat. Societatea „civilă” este construită deci pe baza asocierii libere și pe baza satisfacerii libere a interesului privat. Odată cu impunerea fascismului, spațiul asociativ s-a „publicizat”. Asociațiile au devenit ele însele un mod de încadrare și control, nu mai reprezintă doar contra-puteri, ci sunt manifestări ale puterii pe alt plan. Societatea civilă se redefinește de acum înainte prin opoziție față de corporațiile „politice” rezultate din asociere sau necesare schimbului liber. Internaționalizarea schimburilor libere și imposibilitatea statului de a controla actorii economici

¹ Hegel, Principiile filosofiei dreptului sau elemente de drept natural și știință a statului, §182.

transnaționali, care exercită un fel de suveranitate *sui generis*, scăpând, prin natura lor, suveranităților statale, face ca societatea civilă să înceapă să se autodefinească prin raportare la această nouă formă de putere.

Post-modernitatea exacerbează mai multe tendințe de revendicare *sui generis* a autonomiei. Prima este revendicarea autonomiei societății față de orice formă de manifestare a politicului. Ea transformă populismul într-un curent politic aparte, *antipolitismul*. A doua tendință exacerbată de post-modernism este revendicarea autonomiei individuale. Ea transformă autonomia în suveranitate a individului.

Din aceste evoluții, aparent contradictorii, rezultă o societate „civilă” multi-formă, care este mai degrabă folosită ca justificare comunicațională a revendicărilor de autonomie, situate pe planuri atât de diverse încât este greu să o mai descriem printr-un concept unitar. Ideea centrală rămâne însă că, indiferent de forma manifestării puterii, garantarea libertății implică o formă oarecare de autonomie a societății, că separarea sferei puterii și autonomiei sociale, oricât de multiforme ar fi cele două realități, rămâne permanent necesară. Substratul acestei autonomii multi-forme este separarea sferelor de justiție.

1. Societatea civilă prin opoziție față de societatea clericală și militară

Societatea pe care cea modernă o înlocuia, începând cu secolele XII – XVIII, era rezultatul unei evoluții istorice provocate de căderea imperiului roman în vestul Europei, după 476. Niciuna dintre formele tradiționale de putere politică nu va reuși să se mai impună în acest spațiu, deoarece ele erau subminate de o formă inedită de putere, cea a Bisericii. Această înstăpânire a unei structuri care administra salvarea sufletelor, nu bunurile materiale, asupra problemelor sociale și politice „va pune deci întregii Europe o problemă «structurală»: pe de o parte, pentru că ea domină lumea profană în numele celei de dincolo, Biserica își arogă un drept de supraveghere fără precedent asupra oamenilor și guvernanților, fondat pe o universalitate care nu avea nimic în comun cu cea a lumii romane, în așa măsură încât revendică o *potestas* universală, care guvernează «adevăratea res publica»; pe de altă parte, predicând separația spiritualului și a Cezarului, ea emancipează lumea profană, și introduce, prin căutarea mântuirii, un principiu de rezistență față de putere”².

Această ambivalență a rolului Bisericii, care pendulează între asumarea puterii politice și garantarea autonomiei față de puterea politică, se păstrează și astăzi. Religia este văzută ca un element definitoriu al societății civile, deși, pe de altă

² Marc Chevrier, *Aux limes du théologico-politique, la démocratie et l'empire*, în Marc Chevrier, Yves Couture, Stéphane Vibert, *Démocratie et modernité - La pensée politique française contemporaine*, iBooks, versiune numerică a ediției apărută la Presses universitaires de Rennes, 2015.

parte, modernizarea presupune emanciparea acestei societăți civile față de instituțiile religioase³.

Sensul prim al societății civile se păstrează astfel intact: „Tocmai față de militari și oamenii religiei, «ultimii barbari», care, urmare a războiului, în 1672, răsturnau Republica Provinciilor-Unite, flutura Spinoza ideea unei forme civilizate și civile de societate, care protejează de dictatura soldățească, care pretinde a fi brațul lui Dumnezeu. (...) Societatea civilă are încă sensul original de societate care nu este nici militară, nici clericală”⁴.

Acest prim sens al societății civile este prezent astăzi în revendicările de autonomie ale populațiilor supuse unor regimuri teologico-militare, fie că este vorba de religii propriu-zise, cum este cazul islamului în Iran, fie că este vorba de doctrine la origine laice, care îmbracă o haină semi-mistică, cum a fost marxismul în Uniunea Sovietică și în țările satelit și cum este încă în Coreea de Nord sau în China.

În islam, separația bisericii față de politic se produce în sens invers față de modernitatea europeană. „Într-un sens important, dar foarte original, separația puterilor este inerentă islamului, care nu a așteptat din acest punct de vedere teoria politică a Luminilor: Legea fiind de la origini proprietate divină, nu trebuie să fie uzurpată de puterea temporală, cum nu trebuie, de altfel, să fie uzurpată nici de «popor»”⁵. Separația religiei și politicului se face astfel nu în beneficiul autonomiei societății civile, ci în beneficiul autonomiei clerului. Societatea musulmană nu este propriu-zis integristă, ea separă politicul de religie, dar fără să creeze o societate civilă, ci creând o comunitate religioasă civilă. Creștinismul a integrat religia în societatea civilă, islamul integrează societatea civilă în religie. Astfel, cerința de autonomie în lumea musulmană este esențialmente religioasă.

Dar cele două cazuri nu sunt atât de diferite ca principiu. A fost mai degrabă o conjunctură decât un principiu diferit care a dus la instaurarea societății civile anticlericale în Europa modernă. „O teorie completă (...) a rolului religiei în instaurarea unei societăți civile tolerante ar putea să se articuleze aproximativ așa: ceea ce se impune cu adevărat este neutralizarea reciprocă a fanaticilor și a preoților. Trebuie ca fanaticii să înceapă să strivească puterea preoților și menghina unei societăți segmentare ritualizate, cu toată rigiditatea și conservatorismul său, pentru a înlocui legăturile clanului și ritualului printr-un simț abstract generalizat al obligației de a respecta toate contractele și toate angajamentele și să creeze astfel o veritabilă piață

³ Pentru o viziune istorico-filosofică asupra laicității vezi Anca Parmena Olimid, *Istoria gândirii politice. Libertatea și laicitatea în spațiul public european (secolele XIX-XXI)*, Aius PrintEd, Craiova, 2011.

⁴ René Gallissot, *Abus de société civile: étatisation de la société ou socialisation de l'État*, în *L'Homme et la société*, N. 102, 1991, État et société civile, p. 4-5.

⁵ Ernest Gellner, *La société civile dans une perspective historique*, *Revue internationale des sciences sociales*, 129, 1991, UNESCO/Erés, p. 540.

și o societate civilă temperată, dar ei nu trebuie să fie suficient de puternici pentru a triumfa imediat și astfel să fie tentați să-și impună virtutea, constrângând ansamblul societății. (...) Această înfrângere parțială nu poate decât să îi convertească la o doctrină a toleranței...”⁶. Islamul pare să nu mai răspundă acestei cerințe de înfrângere parțială a fanaticilor, a puritanilor, a fundamentalistilor. Revendicarea de autonomie în cadrul islamului actual este făcută de acești radicali, în numele purității religioase, și se produce contra politicului militarizat, care adoptă ca adevăr ultim, deci cvasi-religios, legile pieței. Radicalizarea islamului este determinată de radicalizarea libertății piețelor, care, în numele autonomiei economice, sacralizează ideea că piețele pot asigura un echilibru just și optim fără intervenții exterioare.

Comunismul sovietic și al sateliților săi s-a bazat pe o doctrină laică, dar care s-a sacralizat și ritualizat. Probabil că Marx a fost cel mai puțin citit (și cu siguranță cel mai puțin dezvoltat) în acest spațiu care se revendica ca *marxist*. Marxismul a devenit un fel de doctrină religioasă *sui generis*: credința în mântuirea socială a înlocuit credința în mântuirea individuală, scrierile clasice ale comuniștilor au devenit texte sfinte, Scripturi în sensul religios al termenului, nomenclatura de partid a devenit un cler care deținea adevărul ultim și îl propovăduia, adevărul era păzit de o poliție politică, care transforma toate greșelile profesionale, economice sau de ori altă natură în erezii față de Doctrină, etc. Revendicarea autonomiei societății civile în aceste societăți teologico-politice este de aceeași natură cu cea din timpul lui Spinoza: contra clerului laicizat, nomenclatura, și contra militarilor folosiți în reprimarea politică internă, securității.

II. Societatea civilă prin opoziție față de societatea politică

Modernitatea a impus unitatea în spațiul public. Acest spațiu este al cetățenilor, care sunt somați să-și lase identitatea, construită în spațiul privat, în raport de criteriile tradiționale de apartenență la un grup «natural», la ușa politicului, pentru a construi un spațiu public individualist și voluntar. Or, cert este că acest *puritanism* democratic și liberal, potrivit căruia individul ar fi capabil să se debaraseze de identificarea sa naturală cu grupul său proximal de apartenență, să se *purifice* de afilierile care îi deturneză rațiunea de la binele public, este o cerință greu de suportat pentru individul real. Ca și puritanii religioși, puritanii cetățeniei trebuie să învingă doar parțial pentru ca o oarecare autonomie individuală să fie preservată. O victorie totală a cetățenilor contra oamenilor concreți ar duce inevitabil la anihilarea spațiului privat. Revendicarea unei societăți civile pe această axă a contradicției cetățenie/identitate presupune preservarea unui spațiu privat distinct de cel politic. Politicul nu trebuie să poată anihila identitățile private. Unitatea din spațiul public trebuie să fie dublată

⁶ *Idem*, p. 538.

de o diversitate în spațiul privat. Pluralismul asociațiilor devine astfel o garanție a autonomiei, a identităților multiple, a omului contra cetățeanului.

Or, cum societatea modernă se construiește contra afilierilor identitare bazate pe criteriile structurante ale vechiului regim, care făceau indivizii prizonierii grupului căruia îi aparțineau prin naștere, „pluralismul necesar zilelor noastre trebuie în mod necesar să aibă centrul în sfera economică și nu socială, pentru că omul modern nu tolerează tirania celor înrudiți cu el”⁷. Societatea modernă și capitalismul sunt astfel două realități care apar împreună și par de nedespărțit.

Autonomia societății civile se situează deci în mod natural în sfera asocierii voluntare, nu identitare, și în sfera economică, iar separația spațiului privat de cel public privilegiază în epoca modernă autonomia asociațiilor și economicului față de politic.

Condițiile de bază ale funcționării eficiente a societății civile moderne sunt, în aceste condiții, spiritul civic (care se declină în două cerințe: respectarea voluntară a angajamentelor și apetitul asociativ) și creșterea economică⁸. Spiritul civic apare atunci când la baza respectării angajamentelor luate nu mai stau ritualurile, ci o obligație universală, derivată din universalismul religiilor monoteiste, dar laicizată, responsabilitatea juridică și când indivizii înțeleg că doar punându-și interesele împreună pot să-și prezerve aceste interese «private» apărându-le de un interes transcendent, «general». Spiritul *civil* înseamnă instrumentalizarea interesului general: el este general nu pentru că este superior, ci pentru că servește realizării libere a tuturor intereselor private. El este bazat pe o economie productivă, rezultată din diviziunea socială a muncii, care asigură un plusprodus care este schimbat liber pentru a satisface diversificarea nevoilor private. Astfel „societatea însăși este propriu-zis o societate comerciant”⁹. Ea este o societate în care egoismul, nu dedicarea pentru un interes transcendent creează ordinea. Creștinismul este baza transcenderii ritualurilor, dar nu este baza societății civile moderne. La baza acesteia stă instrumentalizarea egoistă a lucrurilor și a muncii în vederea satisfacerii intereselor private. Adam Smith nota cu privire la acest lucru: „Nu este bunăvoința măcelarului, comerciantului de bere și a brutarului, de la care așteptăm cina, ci grija pe care ei o au pentru interesele proprii. Noi nu ne adresăm umanității, ci egoismului lor; și niciodată nu le vorbim de satisfacerea intereselor noastre, ci întotdeauna de avantajul lor”¹⁰.

Societatea civilă este bazată pe dreptul civil, adică în mod esențial pe libertatea contractelor și pe respectarea voluntară a acestora. Creșterea economică este esențială pentru acest tip de societate, pentru că doar prin intermediul ei se pot satisface

⁷ *Idem*, p. 535.

⁸ *Idem*, p. 535.

⁹ Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations. Les grands thèmes*. Idées Gallimard, 318, p. 55.

¹⁰ *Idem*, p. 48.

permanent cerințele din ce în ce mai exigente ale intereselor private. Dacă salvarea nu mai este în lumea de dincolo, ci în lumea aceasta, doar autonomia garantată de proprietate contează cu adevărat. Creșterea economică asigură această autonomie, pentru din ce în ce mai mulți și din ce în ce mai bine.

Evoluția ulterioară a democrațiilor occidentale este asemănătoare. Asociațiile voluntare devin treptat vectori de constrângere socială, comparabili cu castele vechiului regim, iar autonomia economicului față de politic creează un totalitarism (non-autoritar, dat tot totalitarism) al piețelor, care admit o singură doctrină și o singură lege, a lor. Tripticul revoluțiilor moderne – libertate, egalitate, proprietate – se transformă treptat în binomul libertate – proprietate. Or, eliminarea egalității (de fraternitate oricum nu mai era vorba de mult) deplasează problema de pe axa societate politică – societate civilă pe axa posedanți – deposedați, ceea ce favorizează dominația filosofilor extremiste, atât de dreapta cât și de stânga.

Apariția fascismului a consfințit unitatea dintre politic și asociațiile altădată private. Ștergând diferența dintre spațiul social și cel politic, fascismul anihilează societatea civilă asociativă, deși păstrează o oarecare autonomie a sferei economice. Apariția statului comunist a distrus orice posibilitate de societate civilă, pentru că a introdus puterea publică și în sfera economică. Comunismul a masificat societatea, desființând asociațiile sau subordonându-le, a centralizat economia, etatizând-o aproape total, și a tezurizat puterea. Fuziunea totală a politicului, socialului și economicului a dat naștere unei societăți în care noțiunea însăși de „civil” era imposibilă. Revendicările de autonomie în societățile post-totalitare sunt deci centrate la dreapta pe autonomia asociațiilor, iar la stânga pe autonomia economiei. Desigur, distincția nu este strictă, dar ea poate explica diferențele de centrare a structurării societății civile în Europa occidentală și în statele post-comuniste. Crizele economice, care distrug cea de a doua condiție a pluralismului societății moderne, creșterea economică, duc la întărirea rolului statului. Dacă *mâna invizibilă* a piețelor se dovedește incapabilă să creeze un echilibru just prin autoreglare, atunci *pumnul invizibil* al statului trebuie să intervină și să regleze el. Etatismul este reacția firească contra crizelor. Rămâne de văzut dacă el este și reacția eficientă. De regulă, răspunsul este negativ. Etatizarea este urmată întotdeauna de o nevoie a societății de a se re-autonomiza față de politic. Or, cum această autonomie este revendicată tot în sfera economică, se pare că societățile actuale devin cicluri de evoluție a contradicției între autonomia piețelor și centralizarea statală.

III. Societatea civilă prin opoziție față de stat

Politicul nu se poate lipsi de centralizare. Monopolul constrângerii presupune eliminarea tuturor celorlalte instanțe de coercițiune. Or, cum statul este chintesența acestui monopol al constrângerii, prin instituționalizare, cum deja remarca Max

Weber, etatizarea este ineluctabilă. Cererea de autonomie este deci în mod firesc îndreptată contra statului. Societatea civilă cuprinde, din acest unghi de vedere, ansamblul raporturilor interindividuale și intergrupale care se desfășoară în afara cadrului instituțiilor statului și fără intervenția directă a acestuia. Întrebarea este cum trebuie concepute statul și societatea civilă pentru a reuși să stabilim o distincție între ele.

Statul este bazat pe apartenența obligatorie, în timp ce societatea civilă pe cea facultativă. Nu este însă vorba de manifestarea voințelor, ca în cazul distingerii societății civile de societatea bazată pe apartenențele înnăscute, ci de scopul asocierii. Principiul acestei distincții îl datorăm lui Hegel. Acesta spunea că „suprema datorie (a indivizilor) este ca ei să fie membri ai statului. Când statul este confundat cu societatea civilă și se reduce destinația lui la apărarea proprietății și a libertății personale, atunci interesul indivizilor, ca atare, este scopul suprem în vederea căruia ei sunt reuniți (...). Statul stă însă în cu totul alt raport cu individul; în timp ce el este spirit obiectiv, individul însuși nu are obiectivitate, adevăr și caracter etic decât întrucât el este un membru al statului. Reunirea ca atare este ea însăși adevărul conținut și scop...”¹¹.

Societatea civilă se distinge de stat prin scop: scopul societății civile este satisfacerea interesului privat, în timp ce scopul statului este reunirea ca atare. Pentru Hegel, aceste realități nu sunt opuse decât într-un moment istoric determinat, societatea burgheză. Această opoziție nu este universală, ea este doar un moment istoric al dezvoltării ideii de libertate. Opoziția între stat și societatea civilă este deci conjuncturală și dispensabilă. Ea este creată de tipul de economie pe care îl promovează societatea burgheză, o economie bazată pe interdependență. Aceasta face necesară crearea unei structuri juridice *civile*. Scopurile egoiste ale fiecăruia, dacă nu pot fi realizate efectiv decât prin universalizarea unui mecanism de schimb liber, comandă crearea unui sistem de dependență multilaterală, care semnifică faptul că subzistența, bunăstarea și recunoașterea drepturilor fiecărui om sunt intrinsec atașate subzistenței, bunăstării și recunoașterii drepturilor tuturor celorlalți. Interesele egoiste ale fiecăruia nu pot fi satisfăcute decât în cadrul raporturilor cu ceilalți. Dependența economică se transformă astfel în dependență juridică și civică. Particularul poate să-și urmărească interesele proprii fără să se preocupe de universal, de binele comun. Acesta rezultă în mod necesar din ciocnirea intereselor particulare.

Hegel consideră această fază de dezvoltare a ideii de libertate ca fiind *Statul nevoii* (Notstaat). El crede că reconcilierea obținută nu este încă efectivă, așa cum o cere *Statul veritabil*. Individul nu este încă pe deplin liber, pentru că acest sistem este unul de completă dependență a unuia față de altul. Interdependența nu este

¹¹ Hegel, *op. cit.*, §258.

decât un mijloc, nu un scop. Universalul, binele comunității, este străin acestei societăți civile. El este profund distinct de interesele particularilor. Societatea civilă burgheză îl reduce la un mijloc utilizat pentru a satisface nevoile personale. Ea este un mecanism, nu o organizație. Statul, pe de altă parte, are ca scop reunirea ca atare, adică direct universalul, binele comunității, el este un întreg organic, nu o înțelegere între particulari¹².

Cererea de autonomie a societății civile burgheze presupune instrumentalizarea interesului general și a statului. „Rolul fundamental al statului și dreptului este de a garanta interesele societății civile, ca și cum statul nu ar fi decât emanația unei societăți civile care ar poseda puterea universalului”¹³. Hegel se ridică contra acestei pretenții. De aceea, el este perceput ca precursor la totalitarismului. Pentru el, „societatea civilă nu este totalitatea politică, ea este burgheză, adică economică, și este rolul politicului de a da norma și fundamentul economicului, nu invers”¹⁴.

Societatea civilă se construiește deci prin opoziție față de stat la nivelul scopurilor. Statul liberal modern nu se poate dispensa de ea. Trecerea dincolo de această opoziție înseamnă inventarea unei noi forme de stat. Câtă vreme această nouă formă nu-și dovedește viabilitatea (și alternativele fasciste sau comuniste nu au făcut-o) etapa aceasta a diferenței între stat și societatea civilă rămâne singura formă efectivă de preservare a libertății, chiar dacă ea nu este cu adevărat nici universală, nici ideală.

IV. Societatea civilă prin opoziție față de instituțiile «politice» ale societății corporative

Societatea civilă modernă asigură posibilitatea de asociere în vederea efectivizării opoziției față de stat, fără ca pentru aceasta să fie nevoie ca asocierea să fie identitară. În societățile pre-moderne prețul opoziției față de stat era aservirea față de un grup primar de apartenență: trib, grup etnic, grup religios, comunitate teritorială nestatală, categorie profesională, clasă socială etc. Pornind de la această realitate s-a instituit o confuzie între societatea civilă și viața asociativă. Existența asociațiilor voluntare a părut suficientă pentru a garanta autonomia unei societăți *civile* față de stat și prin intermediul ei autonomia individuală. Apariția fascismului a distrus această viziune romantică asupra rolului asocierii libere. Societatea civilă trebuie construită dintr-un anumit unghi de vedere prin opoziție față de asociații.

Asociații pot fi politizate. Adică ele pot trece din sfera societății civile în sfera societății politice. Ele pot fi sau pot fi folosite ca instrumente ale realizării unui scop

¹² Camillia Larouche-Tanguay, *La thématization hégélienne de la société civile bourgeoise*, Laval théologique et philosophique 413 (1985): 345-360, p. 352.

¹³ Jean-Pierre Lefebvre, *La société civile bourgeoise*, Maspero, Paris, 1975, nota 3, p. 54-55.

¹⁴ Idem.

universal, interesul general, nu în vederea susținerii mutuale a realizării scopurilor particulare. Dacă este să urmărim distincția hegeliană, ele sunt astfel etatizate. Fascismul a dus această idee la limită. El a formalizat juridic această fuziune între stat și asociațiile societății «civile». Dar această instrumentalizare etatistă a asociațiilor voluntare nu este străină regimurilor liberale. Partidele politice sunt esențial organizații voluntare care au scopuri universalizate sau cel puțin prezentate astfel. Cooptarea sindicatelor, patronatelor și asociațiilor profesionale diverse la procesul statal de decizie, prin formalizarea consultării, prin instituționalizarea organismelor necesare acestei formalizări, de exemplu consiliile economice și sociale, nu merge atât de departe ca ideea corporatistă de asociere directă la deciziile politice prin instituirea camerelor parlamentare corporatiste, dar este de aceeași natură, chiar dacă nu de aceeași magnitudine.

Efectul acestei publicizări a societății civile este că viața asociativă este percepută în același timp ca un mijloc de mutualizare a satisfacerii intereselor private și ca o încadrare constrângătoare. De aceea, societatea civilă trebuie să se construiască, de data aceasta, prin opoziție față de ceea ce constituia până acum însăși esența sa, viața asociativă voluntară. Asociațiile rămân voluntare în ceea ce privește criteriul constituirii lor, dar nu și în ceea ce privește scopurile lor. Ele trădează, pe acest al doilea plan, apartenența obligatorie, adică sunt cooptate la realizarea unui scop universalizat, unui interes general determinat în afara coordonării intereselor private.

Cum trebuie deci determinată societatea civilă prin opoziție față de structurile politizate ale societății «civile»? Nevoia acestei distingeri este resimțită acut. Ea este transpusă în creșterea ponderii politice a discursului și curentelor antipolitiste¹⁵, care susțin că societatea trebuie depolitizată, că partidele politice distrug democrația reală, că statul însuși trebuie depolitizat. Criteriul distingerei societății civile de această formă nouă de politism antipolitic este neclar, pentru că principiul acestei depolitizări rămâne ascuns. Membrii marcanți ai clasei politice cer construirea unei noi clase politice, care pare să trebuiască adusă de pe Marte, iar întoarcerea la popor, în mod necesar proclamată, nu mai are legătură cu poporul cetățenilor democrațiilor moderne clasice, ci pare el însuși un popor de marțieni.

Ce ne spune de fapt succesul din ce în ce mai mare al acestei aparent aberante idei? Primul lucru este că indivizii nu mai cred în caracterul eliberator al structurilor asociative. Deci că ei vor o societate civilă construită prin opoziție față de aceste structuri. Al doilea lucru care rezultă din această nouă atitudine este că autonomia indivizilor nu mai poate fi bazată pe criteriul apartenenței politice. Ei vor să se debaraseze de politică, pentru că nu mai cred că identitatea lor trebuie să

¹⁵ Alfio Mastropaolo, *Italie: quand la politique invente la société civile*, în *Revue française de science politique*, n°4/2001, pp. 621-636.

fie raportată la politică. Al treilea lucru este că asocierea voluntară trebuie făcută pe alte criterii decât cele de până acum sau că ar trebui pur și simplu depășită. Spațiul în care se cere a se face asocierea nu mai este cu necesitate *organizațional*. De aceea, structurile asociative permanente par să fie înlocuite de structuri fluide, bazate pe rețelele de comunicare. Curente de opinie nu mai sunt structurate pornind de la un centru, ci sunt lipsite de centru, sunt construite în rețele. Această cerere de descentralizare și fluidizare a structurilor societății civile se transpune în scăderea influenței mass-media construite în jurul unui centru de informare și creșterea influenței informării în rețea, a internetului și a tuturor formelor de rețele de comunicare și informare care îl constituie. Politicienii simt această mutație. Ei comunică *pe rețele* decizia publică. Dar este o idee naivă să crezi că această instrumentalizare centralizatoare a rețelelor ar putea avea vreun efect real asupra cererii de depolitizare. Alegerea din ce în ce mai deasă a candidaților antisistem are de asemenea ca motiv principal această reconstrucție a societății civile prin opoziție față de structurile politice ale societății, considerate până acum *civile*. Structurarea în rețea presupune că indivizii își concep garanțiile de autonomie contra structurilor asociative centralizate, cooptate la realizarea interesului general. Identitatea lor *privată* este garantată mai bine de destructurarea acestora și de restructurarea în rețele, pentru că acestea nu mai apar ca o descentralizare a puterii, ci ca o imposibilitate a acesteia. Ținta predilectă sunt partidele politice, dar restul organizațiilor societății *civile* construite inițial contra statului vor suporta același tip de contestare.

Confuzia între societatea civilă și viața asociativă nu mai este posibilă. Societatea civilă se construiește contra acestei vieți asociative, sau mai precis contra caracterului organizațional al acesteia, care o face părtașă la structurarea societății politice. Modernitate s-a construit oarecum paradoxal pe ideea, prezentă deja în filosofia lui Aristotel, că omul este un animal politic și contra acestei idei, distingând un om *civil* de acest om politic. Ea s-a bazat și a contestat în același timp încadrarea de tip politic. Acum contestarea nu mai pare să fie cosubstanțială încadrării. Ea vrea o nouă formă de voluntarism. Rămâne să vedem care este aceasta în următorul volum al acestei lucrări, când ne vom apleca asupra structurării societății civile.

V. Internaționalizarea societății civile

Societatea s-a globalizat. Puterea începe și ea să se globalizeze. Societatea civilă nu poate decât să urmeze același traseu. Internaționalizarea societății civile este mai pregnantă de când scena internațională s-a reconstruit, odată cu căderea blocului comunist, ca o lume unipolară, cu un centru de putere clar determinat și fără opoziție reală, cel al capitalismului occidental bazat pe modernitatea liberală. Moartea

istoriei, propovăduită la începutul anilor 1990, a dus de fapt la o cerere din ce în ce mai accentuată de autonomie a «periferiilor» sistemului mondial față de acest centru unic de putere. Această cerere îmbracă fie forma directă a antioccidentalismului, ori a anticapitalismului, fie forma mai atenuată a cererii construirii unei lumi multipolare.

Antioccidentalismul se manifestă mai pregnant acolo unde sunt întruniți câțiva factori catalizatori: o ideologie antiliberală, un trecut care implică dominația, directă sau cvasi-directă, a Occidentului, o economie capitalistă emergentă. Lumea islamică este candidatul perfect pentru acest tip de revendicare. Anticapitalismul presupune inconsistența primului catalizator. Cererea de structurare multipolară implică și lipsa celui de al doilea.

Esențial pentru analiza pe care încerc să o fac în acest moment este că cererea de autonomie față de putere se transferă de la nivel național la nivel internațional. Ținta nu mai este statul, ci puterea internaționalizată. Cum internaționalizarea creează trei tipuri de centralizare a puterii la nivel internațional – politico-militară, instituționalizată și economică – revendicările de autonomie și de limitare prin control se diferențiază în raport de aceste trei forme.

Prima formă de internaționalizare a puterii presupune utilizarea puterii militare și exportul modelelor de instituționalizare a puterii statale. Contra-puterile structurate fie la nivel internațional fie la nivel național revendică autonomia contra acestor forme de internaționalizare.

Pe prima axă de internaționalizare, se conturează construirea unei societăți civile internaționale care se opune utilizării forței militare și care ideologizează filozofia multipolare (multiculturalism, comunitarism, pluralism internațional), care se opun constituirii lumii pe axa centru – periferie.

Contra instituționalizării puterii la nivel internațional se construiește o societate *civilă* care, aparent paradoxal, cuprinde chiar statele. Cred că cel mai pregnant această tendință de internaționalizare specifică a societății civile se observă la nivelul Uniunii Europene. Euroscepticismul este un curent politic important, care deși blamat poate fi un catalizator important în consolidarea unei Europe unite, pentru că el încearcă să structureze o societate civilă europeană care include rețelele, asociațiile și statele. Instituționalizarea puterii implică la nivel internațional transformarea statelor naționale în garanții de autonomie.

În fine, a treia axă de internaționalizare a puterii este economică. Actorii economici multinaționali scapă în mare măsură controlului statelor constituind sfere autonome de putere. Aceste multinaționale exercită puterea. Ele nu mai sunt simpli actori ai schimbului internațional. Revendicarea de autonomie se construiește la nivel internațional contra lor. Dacă la nivel național intervenția statului contra puterii capitaliștilor pare o asigurare aproape suficientă, la nivel internațional imposibilitatea

controlului real al statelor asupra puterii multinaționalelor face ca puterea politică a economicului să fie percepută mult mai acut. Cererea de autonomie față de acești actori ai economiei capitaliste mondializate se manifestă prin construirea unui sistem de contraponderi civile internaționale care nu mai sunt situate în sfera economiei, ci contra ei și prin cerea de punerea a acestor actori sub controlul statelor. Statele naționale devin astfel, încă pe un plan, actori ai societății civile internaționale.

Multinaționalele unesc puterea cu economia, pornind de la transformarea beneficiilor economice într-o putere politică transnațională. Societatea civilă internațională se ridică, într-un fel asemănător cererii de autonomie din fostele state comuniste, contra fuziunii dintre economic și politic.

VI. Societatea civilă ca separare a sferelor de justiție

Ideea centrală în care se declină toate cererile de autonomie, situate pe planurile multiple analizate mai sus, este cea a separare a sferelor de justiție. Oamenii refuză dominația. Cum ea se petrece pe mai multe planuri și îmbracă forme diverse, revendicarea de autonomie urmează aceste sfere și aceste forme. Aparent, oamenii cer egalitatea cu cei care îi domină. De fapt, o astfel de egalitate nu este posibilă. Diferența este inerentă realității sociale. Ceea ce nu acceptă oamenii este ca avantajele dintr-o sferă de diferențiere să fie folosite pentru a institui o relație de putere într-o altă sferă de diferențiere. Ei vor să se diferențieze, dar nu vor să fie dominați pe baza acestor diferențieri în altă sferă decât cea în care au acceptat diferențierea. Diferența între guvernanți și guvernați, situată în sfera politicului, nu trebuie să fie prelungită în sfera economicului, ori invers. Diferențele din sfera apartenenței identitare nu trebuie să fie transferate în sfera politicului, ori invers; depersonalizarea politică nu trebuie să devină identitară construind un naționalism cetățenesc, care exclude identitățile în numele egalității. Și tot astfel pe toate planurile diferenței și puterii. Ceea ce este esențial deci este ca ceea ce este just într-o sferă să nu fie făcut în mod necesar just în celelalte sfere.

Separarea sferelor de justiție¹⁶ este substratul tuturor cererilor de autonomie a societății civile. Nu există, de aceea, o singura societate civilă, ci tot atâtea societăți de acest fel câte sfere de justiție pot fi concepute. Împărțirea beneficiilor și împărțirea puterii, rezultată din aceste beneficii, nu trebuie să poată transcende sfera în care se constituie în mod just. Revendicarea de autonomie tipică procesului de constituire a unei societăți civile este făcută doar în speranța că nimeni nu *posedă* ori *controlează* mijloacele de dominație prin transformarea beneficiilor diferenței în putere de constrângere.

¹⁶ M. Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Editions du Seuil, Paris, 1997, p. 13.

SENTINȚA ARBITRALĂ ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Prof. univ. dr. Sevastian CERCEL

Prof. univ. dr. Ștefan SCURTU

Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept



1. Reglementarea sentinței arbitrale în dreptul român

Cartea a IV-a (denumită „Despre arbitraj”) și Titlul IV din Cartea a VII-a (denumit „Arbitrajul internațional și efectele hotărârilor arbitrale străine) din Codul de procedură civilă român reglementează aspectele esențiale ale hotărârii arbitrale, reglementări care se completează cu dispozițiile de drept comun referitoare la hotărârile judecătorești.

Aceste dispoziții legale constituie sursă de inspirație pentru întocmirea regulamentelor instituțiilor permanente de arbitraj (a se vedea, în acest sens, Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, precum și

Regulile de procedură arbitrală ale Curților de Arbitraj de pe lângă Camerele de Comerț și Industrie județene). De asemenea, sunt avute în vedere de părțile convențiilor arbitrale, în cazul arbitrajului ocazional, pentru întocmirea normelor de procedură pe care tribunalul arbitral trebuie să le urmeze în judecarea litigiului.

2. Natura juridică a sentinței arbitrale

Acest aspect este unul dintre cele mai disputate în doctrină¹: a) într-o opinie, hotărârea arbitrală are natură contractuală, întrucât reprezintă finalitatea unei

¹ Pentru opinii exprimate în doctrina românească cu privire la natura juridică a hotărârii arbitrale, a se vedea T.R. Popescu, *Dreptul comerțului internațional*, 1983, p. 470; O. Căpățână, Br. Ștefănescu, *Tratat de drept al comerțului exterior*, vol. I, București, 1985, p. 19-23; M. Costin, S. Deleanu, *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 217; V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Ed. Național, vol. 2, București, 1997, p. 614; I. Leș, *Tratat de drept procesual civil*, ed. a 4-a, Ed. CH Beck, 2008, p. 810; G. Boroi, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, 1994, p. 612-615; V. Roș, *Arbitrajul comercial internațional*, Regia autonomă „Monitorul Oficial”, București, 2000, p. 418-420; M.I. Sălăgean, *Arbitrajul comercial*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 133-135; I. Deleanu, S. Deleanu, *Arbitrajul intern și internațional*, Ed. Rosetti, 2005, p. 242; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Noul Cod de procedură civilă, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 577 și urm.

convenții (arbitrale); b) într-o a doua opinie, hotărârea arbitrală are natură jurisdicțională, este un act de jurisdicție de natură privată; c) a treia opinie consideră că hotărârea arbitrală are natură mixtă, este un act jurisdicțional, care implică o componentă contractuală.

Majoritatea autorilor consideră că hotărârea arbitrală are natură jurisdicțională, aducând ca argumente similitudinea dintre hotărârea arbitrală și cea judecătorească²: în ambele cazuri hotărârile sunt pronunțate de un organ jurisdicțional care soluționează un litigiu; și în cazul procedurii arbitrale, unul dintre principiile fundamentale este cel al contradictorialității; pronunțarea ambelor hotărâri este precedată de deliberare; ambele hotărâri trebuie să fie motivate; și arbitri, asemenea judecătorilor trebuie să fie independenți și imparțiali și pot fi recuzați pentru aceleași motive; hotărârea arbitrală comunicată părților are efectele unei hotărâri judecătorești definitive; hotărârea arbitrală poate fi desființată printr-o acțiune în anulare, promovată la instanța judecătorească; hotărârea arbitrală, investită cu formulă executorie, constituie titlu executoriu și se execută silit întocmai ca și o hotărâre judecătorească.

În literatura juridică s-a pus întrebarea dacă are caracter jurisdicțional doar hotărârea arbitrală sau și alte hotărâri ale tribunalului arbitral? Reputatul autor I. Deleanu ajunge la concluzia că „simetric distincției dintre încheierile preparatorii și încheierile interlocutorii din procedura judiciară, trebuie să se facă distincție între încheierile tribunalului arbitral prin care se dispun măsuri pentru organizarea și desfășurarea arbitrajului și, eventual, luarea unor măsuri asigurătorii sau provizorii” care nu sunt acte jurisdicționale și încheierile tribunalului arbitral prin care se dezleagă o chestiune litigioasă între părți, care sunt acte de jurisdicție indiferent de denumirea pe care o poartă, ele putând fi atacate cu acțiunea în anulare odată cu hotărârea arbitrală sau independent de ea³. Tot astfel, hotărârile sau încheierile de lămurire cu privire la înțelesul, întinderea sau aplicarea dispozitivului hotărârii ori de înlăturare a dispozițiilor potrivnice sau prin care se completează hotărârea arbitrală au caracter jurisdicțional, pe când încheierile prin care se îndreaptă erorile materiale din textul hotărârii arbitrale sau alte greșeli evidente care nu schimbă fondul soluției, precum și greșelile de calcul din textul hotărârii arbitrale nu au caracter de act jurisdicțional, întrucât prin ele nu se dezleagă probleme litigioase, nu tranșează un diferend între acestea și, prin urmare, nu presupun dezbateri contradictorii⁴.

3. Deliberarea și pronunțarea sentinței arbitrale

Conform art. 602 (1) C. pr. civ., „În toate cazurile, pronunțarea trebuie să fie precedată de deliberarea în secret a arbitrilor, în modalitatea stabilită de convenția

² Pentru detalii, a se vedea I. Deleanu, S. Deleanu, *op. cit.*, 2005, p. 245.

³ I. Deleanu, *Tratat...*, *op. cit.*, 2013, p. 580.

⁴ *Ibidem*, p. 581.

arbitrală sau, în lipsă, de tribunalul arbitral”. Întocmai precum în cazul instanțelor judecătorești, după ce tribunalul arbitral consideră că toate împrejurările cauzei sunt suficient lămurite, încheie dezbaterile și urmează deliberarea și luarea hotărârii într-o ședință secretă.

În convenția arbitrală, părțile pot stabili dacă deliberarea arbitrilor presupune prezența lor fizică în același loc sau aceștia pot delibera utilizând mijloace tehnice moderne de comunicare (inclusiv e-mailul). Dacă prin convenția părților nu s-a stabilit modalitatea de deliberare, tribunalul arbitral poate stabili acest aspect. Important este ca la deliberare să participe toți arbitri, consecință a caracterului colegial al tribunalului arbitral.

Legea dispune că hotărârea tribunalului arbitral se ia cu majoritatea de voturi [art. 602 (3) C. pr. civ.]; este vorba despre o majoritate absolută, adică jumătate plus unu din numărul total al membrilor tribunalului. Este posibil ca părțile să prevadă în convenția arbitrală ca hotărârea să se ia cu o majoritate calificată (de exemplu de 2/3 sau de 3/4 din numărul total al membrilor tribunalului arbitral) sau cu unanimitate⁵.

După deliberare, se va întocmi o minută, care va cuprinde pe scurt conținutul dispozitivului hotărârii și în care se va arăta, când este cazul, opinia minoritară [art. 602 (4) C. pr. civ.]. Deși legea nu precizează, interpretul poate concluziona că în minuta hotărârii se va menționa nu doar opinia minoritară, ci și opinia concurentă, dacă va fi cazul.

Pronunțarea poate fi amânată cu cel mult 21 de zile, sub condiția încadrării în termenul arbitrajului. Ne-am putea întreba dacă este acest termen stabilit imperativ sau părțile pot să prelungească acest termen? Credem că natura voluntară a arbitrajului privat, îndrituiește părțile să prelungească termenul de pronunțare, așa cum pot să prelungească termenul arbitrajului⁶.

Dispoziția legală prin care se instituie obligativitatea întocmirii minutei în toate situațiile este criticabilă; de exemplu, atunci când se amână pronunțarea și până la data pronunțării este redactată hotărârea arbitrală; dacă se consideră că art. 602, art. 401 și art. 403 C. pr. civ. au caracter de ordine publică, lipsa minutei într-un asemenea caz face ca hotărârea arbitrală să poată fi desființată prin acțiunea în anulare [art. 608 alin. (1) lit. h) C. pr. civ.]⁷. De altfel, în materia litigiului arbitral internațional nu este reglementată formalitatea întocmirii minutei după deliberare (a se vedea art. 1120 C. pr. civ.).

⁵ În același sens, a se vedea I. Deleanu, *Tratat...*, op. cit., 2013, p. 583.

⁶ În același sens, a se vedea R.B. Bobei, *Arbitrajul intern și internațional. Texte. Comentarii. Mentalități*, Ed. CH. Beck, 2013, p. 162-163.

⁷ *Ibidem*, p. 163-164.

4. Forma hotărârii arbitrale

Cu privire la forma hotărârii arbitrale, art. 603 (1) C. pr. civ. precizează că hotărârea arbitrală se redactează în scris. Coroborând dispozițiile art. 603 C. pr. civ. cu cele ale art. 608 C. pr. civ., deducem că forma scrisă este o condiție de valabilitate a hotărârii arbitrale, neavând importanță doar sub aspect probatoriu.

De asemenea, opinia separată trebuie redactată în scris și semnată de arbitrul respectiv, cu arătarea considerentelor pe care se sprijină. Această regulă se aplică în mod corespunzător și în cazul în care există opinie concurentă [art. 603 (2) C. pr. civ.].

Ca o consecință a regulii instituite de art. 548 (2) C. pr. civ., conform căreia în cazul în care convenția arbitrală se referă la un litigiu legat de transferul dreptului de proprietate și/sau constituirea altui drept real asupra unui bun imobil, convenția trebuie încheiată în formă autentică notarială, sub sancțiunea nulității absolute, legea cere o formă specială în cazul în care hotărârea arbitrală se referă la un litigiu legat de transferul dreptului de proprietate și/sau de constituirea altui drept real asupra unui bun imobil. Într-un asemenea caz, hotărârea arbitrală trebuie să fie prezentată instanței judecătorești ori notarului public pentru a se obține o hotărâre judecătorească sau, după caz, un act autentic notarial. După verificarea de către instanța judecătorească ori de către notarul public a respectării condițiilor și după îndeplinirea procedurilor impuse de lege și achitarea de către părți a impozitului privind transferul dreptului de proprietate, se va proceda la înregistrarea în cartea funciară și se va realiza transferul de proprietate și/sau constituirea altui drept real asupra bunului imobil în cauză [art. 603 (3) C. pr. civ.].

5. Cuprinsul hotărârii arbitrale

Hotărârea arbitrală trebuie să cuprindă toate mențiunile necesare pentru individualizarea și pentru punerea sa în executare și anume [art. 603(1) C. pr. civ.]⁸:

a) Componenta nominală a tribunalului arbitral, locul și data pronunțării hotărârii. Importanța acestei dispoziții a legii este mai bine scoasă de evidență dacă este privită prin prisma dispozițiilor art. 608 C. pr. civ., referitor la acțiunea în anularea hotărârii arbitrale, care dispune că hotărârea arbitrală poate fi desființată prin acțiune în anulare dacă nu cuprinde dispozitivul și motivele, nu arată data și locul pronunțării ori nu este semnată de arbitri.

Prin arătarea componentei nominale a tribunalului arbitral se poate verifica, de instanța investită cu soluționarea acțiunii în anulare, respectarea voinței părților

⁸ Cuprinsul hotărârii arbitrale este același, sub aspectul elementelor esențiale, cu cel al hotărârii judecătorești (a se vedea, în acest sens, art. 425 C. pr. civ.).

convenției arbitrale și se poate stabili dacă arbitri care au semnat minuta sunt aceiași cu cei care au semnat hotărârea arbitrală și sunt menționați în aceasta.

Precizarea locului pronunțării hotărârii prezintă importanță pentru că părțile sunt cele care stabilesc locul arbitrajului și doar în lipsa unei opțiuni a părților acest loc este stabilit de tribunalul arbitral. De asemenea, pe lângă faptul că se poate verifica dacă a fost respectată convenția arbitrală, locul pronunțării hotărârii prezintă importanță și pentru că determină competența teritorială de a soluționa acțiunea în anulare, care revine curții de apel în circumscripția căreia a avut loc arbitrajul (art. 610 C. pr. civ.).

Menționarea datei când s-a pronunțat hotărârea dă posibilitatea de a se verifica respectarea clauzelor convenției arbitrale și a dispozițiilor legale referitoare la termenul de soluționare a litigiului arbitral și la termenul de comunicare a hotărârii arbitrale.

b) Numele și prenumele părților, domiciliul ori reședința lor sau, după caz, denumirea și sediul, numele și prenumele reprezentanților părților, precum și ale celorlalte persoane care au participat la dezbaterile litigiului. Deși lipsa acestor mențiuni nu au drept consecință desființarea hotărârii arbitrale, ele prezintă importanță pentru a se putea stabili dacă părțile între care s-a soluționat litigiul sunt aceleași cu cele care au încheiat convenția arbitrală.

c) Menționarea convenției arbitrale în temeiul căreia s-a procedat la arbitraj; prezintă importanță pentru că numai existența unei convenții arbitrale valabil încheiate are drept consecință excluderea competenței instanțelor judecătorești pentru litigiul care face obiectul convenției arbitrale.

d) Obiectul litigiului și susținerile pe scurt ale părților. Menționarea obiectului litigiului prezintă importanță pentru a se putea verifica dacă litigiul respectiv era susceptibil de soluționare pe calea arbitrajului, pentru că în caz contrar hotărârea arbitrală poate fi desființată prin acțiunea în anulare; de asemenea, în cazul existenței unui compromis arbitral, se poate verifica concordanța dintre obiectul acestuia și obiectul cererii de sesizare a tribunalului arbitral; în sfârșit, menționându-se obiectul litigiului se poate verifica dacă tribunalul arbitral s-a pronunțat asupra unor lucruri care nu s-au cerut ori a dat mai mult decât s-a cerut (plus petita sau ultra petita)⁹.

e) Motivele de fapt și de drept ale hotărârii, iar în cazul arbitrajului în echitate, motivele care, sub acest aspect, întemeiază soluția. Trebuie precizat că obligația motivării există în cazul tuturor hotărârilor arbitrale, adică atât în cazul celor care soluționează fondul litigiului, cât și în cazul celor prealabile, precum și în cazul hotărârilor de lămurire sau de completare a hotărârii arbitrale.

În dreptul român, lipsa de motivare a hotărârii este considerată motiv de nelegalitate, deci de desființare a hotărârii pe calea acțiunii în anulare [art. 488 alin. (1) pct. 6 C. pr. civ.].

⁹ I. Deleanu, *Tratat..., op. cit.*, 2013, p. 586.

Cu privire la obligația tribunalului arbitral de a motiva hotărârea când părțile au dispensat tribunalul de o asemenea obligație, în doctrină s-au conturat două opinii: una care susține că este obligatorie motivarea hotărârii arbitrale chiar și în cazul în care părțile convenției arbitrale au dispensat arbitri de această obligație, întrucât această cerință decurge din caracterul jurisdicțional al hotărârii arbitrale; o a doua opinie care susține că părțile pot renunța la motivarea hotărârii, întrucât, potrivit art. 544 alin. (2) C. pr. civ., sub rezerva respectării ordinii publice și a bunelor moravuri, precum și a dispozițiilor imperative ale legii, părțile pot stabili prin convenția arbitrală sau prin act scris încheiat ulterior, cel mai târziu odată cu constituirea tribunalului arbitral, fie direct, fie prin referire la o anumită reglementare având ca obiect arbitrajul, normele de procedură pe care tribunalul arbitral trebuie să le urmeze în judecarea litigiului; dacă ar dispensa arbitri de obligația motivării hotărârii, părțile ar trebui să renunțe la dreptul de a introduce acțiunea în anulare pentru acest motiv¹⁰. Ne atașăm acestei din urmă opinii, cu argumentul că o asemenea interpretare concordă cu faptul că temeiul juridic al arbitrajului este de natură contractuală.

În dreptul intern al unor țări (de exemplu, Franța), motivarea sentinței arbitrale este impusă de norme imperative, lipsa motivării fiind considerată contrară ordinii publice; în alte sisteme de drept național (de pildă, în cel englez) nu se prevede obligativitatea motivării sentințelor arbitrale¹¹.

Datorită acestui fapt, în materia dreptului comerțului internațional au apărut situații în care sentințe arbitrale pronunțate în temeiul unui sistem de drept care nu impune obligația motivării sentinței trebuiau recunoscute în țări în care norme imperative impuneau motivarea sentințelor. În rezolvarea acestei probleme s-a avut în vedere, pe de o parte, faptul că invocarea excepției de ordine publică pentru nemotivarea sentinței în cazul în care este necesară recunoașterea unei sentințe arbitrale străine, ar periclita securitatea juridică a comerțului internațional; pe de altă parte, s-a avut în vedere faptul că arbitrajul are și un caracter contractual și, ca urmare a acestui fapt, în temeiul autonomiei de voință, părțile pot renunța la garanțiile prevăzute de sistemul de drept care impune obligativitatea motivării sentinței. Astfel, practica juridică din multe țări a ajuns la concluzia că lipsa de motivare a unei hotărâri, chiar dacă este contrară ordinii publice interne, nu trebuie considerată ca fiind contrară ordinii publice internaționale a sistemului de drept al țării unde se cere executarea¹².

¹⁰ I. Deleanu, *Tratat...*, op. cit., 2013, p. 587.

¹¹ Șt. Scurtu, *Dreptul comerțului internațional. Partea generală*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2010, p. 257.

¹² Pentru detalii, a se vedea T.R. Popescu, op. cit., 1983, p. 467.

Potrivit art. VIII din Convenția europeană de arbitraj comercial internațional, Geneva, 1961, se prezumă că părțile au înțeles ca sentința arbitrală să fie motivată, cu excepția cazului în care: i) părțile au declarat în mod expres că sentința nu trebuie să fie motivată sau ii) părțile s-au supus unei proceduri arbitrale în cadrul căreia nu este obiceiul de a se motiva sentința și nici una dintre părți nu cere în mod expres înainte de încheierea dezbaterilor sau, dacă nu au fost dezbateri, înainte de redactarea sentinței, ca sentința să fie motivată.

f) Dispozitivul hotărârii. Acesta cuprinde, în esență, soluția dată cererii principale, cererilor accesorii și incidentale, cererii reconvenționale, cererii privind cheltuielile de judecată, cererii de chemare în garanție etc., adică tuturor cererilor părților.

Dacă dispozitivul hotărârii arbitrale nu este clar, partea interesată poate cere o hotărâre de lămurire a acestuia. Tot astfel în cazul în care dispozitivul nu este complet, partea interesată poate cere o hotărâre de completare.

Referindu-se la dispozitivul hotărârii judecătorești, art. 425 C. pr. civ. dispune că în dispozitiv se vor arăta numele, prenumele, codul numeric personal și domiciliul sau reședința părților ori, după caz, denumirea, sediul, codul unic de înregistrare sau codul de identificare fiscală, numărul de înmatriculare în registrul comerțului ori de înscriere în registrul persoanelor juridice și contul bancar, soluția dată tuturor cererilor deduse judecății și cuantumurile cheltuielilor de judecată acordate. Dacă hotărârea s-a dat în folosul mai multor reclamanți sau împotriva mai multor părți, se va arăta ceea ce se cuvine fiecărui reclamant și la ce este obligat fiecare părțit ori, când este cazul, dacă drepturile și obligațiile părților sunt solidare sau indivizibile. În partea finală a dispozitivului se vor arăta dacă hotărârea este executorie, este supusă unei căi de atac ori este definitivă, data pronunțării ei, mențiunea că s-a pronunțat în ședință publică sau într-o altă modalitate prevăzută de lege, precum și semnăturile membrilor completului de judecată. Când hotărârea este supusă apelului sau recursului se va arăta și instanța la care se depune cererea pentru exercitarea căii de atac. Mutatis mutandis, aceste dispoziții sunt valabile și în cazul hotărârii arbitrale.

g) Semnăturile tuturor arbitrilor, exceptând cazul în care hotărârea se ia cu majoritate de voturi, și, dacă este cazul, semnătura asistentului arbitral.

6. Lămurirea hotărârii arbitrale

Potrivit art. 604 C. pr. civ., în cazul în care sunt necesare lămuriri cu privire la înțelesul, întinderea sau aplicarea dispozitivului hotărârii ori acesta cuprinde dispoziții potrivnice, oricare dintre părți poate cere tribunalului arbitral, în termen de 10 zile de la primirea hotărârii, să lămurească dispozitivul (printr-o hotărâre de lămurire) sau să înlăture dispozițiile potrivnice.

7. Completarea hotărârii arbitrale

Dacă prin hotărârea dată într-o anumită cauză, instanța de arbitraj a omis să se pronunțe asupra unui capăt de cerere, asupra unei cereri conexe sau incidentale, oricare dintre părți poate cere, în termen de 10 zile de la primirea hotărârii, o *hotărâre de completare*, care se va da cu citarea părților (art. 604 C. pr. civ.).

8. Îndreptarea hotărârii arbitrale

Greșelile materiale din hotărârea arbitrală sau alte greșeli evidente care nu schimbă fondul soluției, precum și greșelile de calcul, pot fi îndreptate de arbitri printr-o *încheiere de rectificare a hotărârii*, fie la cererea oricăreia dintre părți, formulată în termen de 10 zile de la primirea hotărârii, fie din oficiu; părțile sunt citate dacă tribunalul arbitral consideră că este necesar.

Atât încheierea de rectificare, cât și hotărârea de lămurire sau de completare fac parte integrantă din hotărârea arbitrală și se pronunță de același tribunal arbitral. Părțile nu pot fi obligate la plata cheltuielilor legate de lămurirea, completarea sau rectificarea hotărârii arbitrale (art. 604 C. pr. civ.).

9. Comunicarea hotărârii arbitrale

Hotărârea arbitrală trebuie comunicată părților în termen de cel mult o lună de la data pronunțării ei. Potrivit art. 606 C. pr. civ. hotărârea arbitrală comunicată părților are efectele unei hotărâri judecătorești definitive. Comunicarea hotărârii arbitrale produce următoarele consecințe: i) în termen de 10 zile de la data primirii hotărârii părțile pot face cereri de lămurire (în cazul în care sunt necesare lămuriri cu privire la înțelesul, întinderea sau aplicarea dispozitivului hotărârii ori dacă acesta cuprinde dispoziții potrivnice, părțile pot cere tribunalului arbitral să lămurească dispozitivul sau să înlăture dispozițiile potrivnice) sau de completare a hotărârii arbitrale (dacă prin hotărârea pronunțată tribunalul arbitral a omis să se pronunțe asupra unui capăt de cerere, asupra unei cereri conexe sau incidentale); ii) în termen de o lună de la data comunicării hotărârii arbitrale părțile pot introduce acțiunea în anularea acesteia, la curtea de apel, iar dacă s-a formulat o cerere de lămurire, completare sau îndreptare a hotărârii arbitrale termenul curge de la data comunicării hotărârii sau, după caz, a încheierii prin care a fost soluționată cererea.

10. Depunerea dosarului litigiului arbitral

În termen de 30 de zile de la data comunicării hotărârii sau de la data lămuririi, completării ori îndreptării ei, tribunalul arbitral va depune dosarul litigiului

la tribunalul în circumscripția căruia are loc arbitrajul, atașând și dovezile de comunicare a hotărârii arbitrale (art. 607 C. pr. civ.). În cazul instituțiilor permanente de arbitraj dosarul se păstrează în arhiva instituției respective.

II. Cheltuielile arbitrale

Art. 595 C. pr. civ. stabilește ce pot cuprinde cheltuielile arbitrale și cine le suportă¹³. Sunt considerate cheltuieli arbitrale: cheltuielile pentru organizarea și desfășurarea arbitrajului, precum și onorariile arbitrilor, cheltuielile de administrare a probelor, cheltuielile de deplasare a părților, arbitrilor, experților, martorilor. Acestea se suportă potrivit înțelegerii dintre părți, iar în lipsa unei asemenea înțelegeri, cheltuielile arbitrale se suportă de partea care a pierdut litigiul, integral, dacă cererea de arbitraj este admisă în totalitate, sau proporțional cu ceea ce s-a acordat, dacă cererea este admisă în parte.

Tribunalul arbitral poate evalua, în mod provizoriu, cuantumul onorariilor arbitrilor și poate obliga părțile să consemneze, potrivit dispozițiilor sale, suma respectivă prin contribuție egală sau părțile pot fi obligate solidar la plată. Dacă pârâtul nu își îndeplinește obligația de plată în termenul stabilit de tribunalul arbitral, reclamantul va consemna întreaga sumă, urmând ca prin hotărârea arbitrală să se stabilească cuantumul final al onorariilor cuvenite arbitrilor, precum și modul de suportare de către părți (art. 596 C. pr. civ.).

De asemenea, tribunalul arbitral poate obliga părțile sau pe fiecare dintre ele la plata anticipată a oricăror cheltuieli necesare pentru organizarea și desfășurarea arbitrajului. Tribunalul arbitral poate să nu dea curs arbitrajului până la consemnarea, avansarea sau plata cheltuielilor arbitrale (art. 597 C. pr. civ.).

Încheierea prin care tribunalul arbitral face o evaluare provizorie a cuantumul onorariilor arbitrilor și obligă părțile să consemneze, potrivit dispozițiilor sale, suma respectivă nu se poate ataca prin acțiunea în anulare, pentru că o asemenea încheiere nu soluționează o problemă litigioasă dintre părțile litigante; de aceea legea prevede că la cererea oricăreia dintre părți, tribunalul în circumscripția căruia are loc arbitrajul va examina temeinicia măsurilor dispuse de tribunalul arbitral și va stabili, prin încheiere executorie și care nu este supusă niciunei căi de atac, cuantumul onorariilor arbitrilor și al celorlalte cheltuieli arbitrale, precum și modalitățile de consemnare, de avansare sau de plată (art. 598 C. pr. civ.).

¹³ Enumerarea făcută de art. 595 C. pr. civ. nu este exhaustivă. Orice cheltuieli necesare pentru buna desfășurare a procesului arbitral trebuie considerate ca făcând parte din categoria „cheltuielilor arbitrale”. Pentru similitudine, trebuie observate dispozițiile art. 451 C. pr. civ. Pentru comentarii în legătură cu cheltuielile de judecată în cazul litigiilor soluționate de instanțele judecătorești a se vedea D. Ghiță, *Drept procesual civil. Partea specială*, ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 190 și urm.

Regularizarea cheltuielilor arbitrale se face cel mai târziu prin hotărârea arbitrală și diferențele se plătesc până la comunicarea hotărârii către părți. Hotărârea nu se va comunica, dacă este cazul, până la plata diferenței; de la această regulă, instituită de art. 600 C. pr. civ., fac excepție onorariile arbitrilor, a căror plată se va face după comunicarea către părți a hotărârii arbitrale (art. 599 C. pr. civ.).

12. Acțiunea în anulare împotriva încheierilor arbitrale

Art. 594 C. pr. civ. prevede că pot fi atacate separat cu acțiunea în anulare încheierile tribunalului arbitral prin care s-au luat următoarele măsuri: a) a fost suspendat cursul arbitrajului, potrivit art. 412 C. pr. civ. și art. 413 C. pr. civ.; b) au fost luate măsuri asigurătorii sau provizorii, potrivit art. 585 C. pr. civ.; c) a fost respinsă, ca inadmisibilă, cererea de sesizare a Curții Constituționale privind constituționalitatea unei dispoziții legale; d) în afara motivelor prevăzute la art. 608 C. pr. civ., în acțiunea în anulare se poate invoca și lipsa condițiilor prevăzute de lege pentru luarea măsurilor dispuse prin încheiere¹⁴.

Acțiunea în anulare poate fi introdusă în termen de 5 zile de la comunicare, cu excepția cazului prevăzut la art. 594 alin. (1) lit. a) C. pr. civ., când poate fi formulată cât timp durează suspendarea.

În cazurile prevăzute la art. 594 alin. (1) lit. b) și c) C. pr. civ., acțiunea în anulare nu suspendă cursul arbitrajului.

Soluționând acțiunea în anulare, curtea de apel poate, după caz, să mențină, să modifice sau să desființeze măsurile dispuse de tribunalul arbitral prin încheiere. Hotărârea curții de apel este definitivă.

Cu privire la utilitatea dispozițiilor art. 594 C. pr. civ., având în vedere existența dispozițiilor art. 547 C. pr. civ. (care prevăd dreptul părții interesate de a sesiza tribunalul în circumscripția căruia are loc arbitrajul cu cerere pentru înlăturarea piedicilor ce s-ar ivi în organizarea și desfășurarea arbitrajului, precum și pentru îndeplinirea altor atribuții ce revin instanței judecătorești în arbitraj), în doctrină s-au evidențiat diferențele dintre cele două articole de lege. Astfel, în timp ce procedura prevăzută de art. 547 C. pr. civ. are ca scop asigurarea măsurilor necesare pentru realizarea arbitrajului, reglementarea din art. 594 C. pr. civ. este necesară pentru că are ca obiect încheierile interlocutorii ale tribunalului arbitral care nu pot fi desființate decât printr-o cale de atac susceptibilă de exercitare împotriva unor acte de jurisdicție, precum acțiunea în anulare¹⁵.

¹⁴ Cu privire la inconvenientele exprimării legiuitorului în art. 594 alin. (3) C. pr. civ., a se vedea I. Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă. Comentarii pe articole*, vol. 1, articolele 1-621, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 802.

¹⁵ I. Deleanu, *Tratat...*, op. cit., 2013, p. 592.

13. Efectele hotărârii arbitrale

Asemenea hotărârii judecătorești, hotărârea arbitrală produce efecte substanțiale și efecte procesuale. Efectele substanțiale sunt produse de hotărârea arbitrală ca act jurisdicțional, prin care legea se aplică unei situații de fapt.

Efectele procesuale ale hotărârii arbitrale sunt aceleași ca cele ale unei hotărârii judecătorești¹⁶: desesizarea sau dezinvestirea tribunalului arbitral, autoritatea de lucru judecat, forța probantă, puterea executorie.

Dezinvestirea tribunalului arbitral. În dispozițiile referitoare la hotărârea arbitrală cuprinse în legea de procedură civilă nu se arată *in terminis* că pronunțarea acesteia are ca efect dezinvestirea instanței, ceea ce presupune faptul că după pronunțarea acesteia arbitri nu vor putea să revină asupra hotărârii pe care au pronunțat-o. Cum și hotărârea judecătorească este un act jurisdicțional, asemenea hotărârii judecătorești, poate fi considerată aplicabilă regula instituită de art. 429 C. pr. civ., potrivit căreia „După pronunțarea hotărârii instanța se dezinvestește și niciun judecător nu poate reveni asupra părerii sale”.

Autoritatea de lucru judecat. Dispozițiile legale referitoare la arbitraj nu prevăd în mod expres faptul că hotărârea arbitrală are autoritate de lucru judecat, dar, interpretând dispozițiile art. 606 C. pr. civ. (care prevede că „Hotărârea arbitrală comunicată părților este definitivă și obligatorie”), doctrina a ajuns la concluzia că o hotărâre arbitrală care este definitivă se bucură de autoritate de lucru judecat¹⁷. În principiu, hotărârea arbitrală dobândește caracter definitiv din momentul pronunțării ei; în consecință, părțile litigante nu vor mai putea pune în discuție problemele soluționate prin hotărârea arbitrală decât pe calea acțiunii în anulare.

Hotărârea arbitrală definitivă are autoritate de lucru judecat provizoriu până la expirarea termenului de exercitare a acțiunii în anulare sau până la respingerea recursului promovat împotriva hotărârii date de Curtea de Apel care soluționează acțiunea în anulare.

Au autoritatea de lucru judecat atât hotărârile arbitrale prin care se soluționează, în totalitate sau doar parțial, fondul litigiului dintre părțile convenției arbitrale, cât și hotărârile prin care se rezolvă alte probleme litigioase decât cele care aparțin fondului, precum excepția de necompetență, excepția autorității lucrului judecat, excepția ce are ca obiect nonarbitrabilitatea litigiului părților, excepția ce are ca obiect nulitatea convenției arbitrale sau ineficacitatea acesteia; în schimb, nu au autoritate de lucru judecat „încheierile prin care tribunalul arbitral dispune măsuri de instrucțiune sau prin care rezolvă simple incidente procedurale ori prin care ordonă măsuri provizorii”¹⁸.

¹⁶ Cu privire la efectele hotărârii judecătorești, a se vedea D. Ghiță, *op. cit.*, 2017, p. 168 și urm.

¹⁷ I. Deleanu, Noul Cod de procedură civilă. Comentarii pe articole, *op. cit.*, 2013, p. 821.

¹⁸ I. Deleanu, *Tratat...*, *op. cit.*, 2013, p. 598.

Forța probantă a hotărârii arbitrale. Deși nicio prevedere legală nu reglementează forța probantă a hotărârii arbitrale, doctrina acceptă ideea că, asemenea hotărârii judecătorești, hotărârea arbitrală are calitatea de „act autentic” (cu toate consecințele ce rezultă din art. 270 alin. (1) C. pr. civ., referitor la actul autentic: „Înscrisul autentic face deplină dovadă, față de orice persoană, până la declararea sa ca fals, cu privire la constatările făcute personal de către cel care a autentificat înscrisul, în condițiile legii”)¹⁹.

Puterea executorie a hotărârii arbitrale. Potrivit art. 615 C. pr. civ., hotărârea arbitrală constituie titlu executoriu și se execută întocmai ca o hotărâre judecătorească.

14. Executarea hotărârii arbitrale

În cazul în care nu se aduce la îndeplinire de bună voie de către partea împotriva căreia s-a pronunțat, hotărârea arbitrală se poate executa silit, precum o hotărâre judecătorească.

În cazul executării silite a unei hotărâri arbitrale pronunțată de o instanță de arbitraj care își are sediul pe teritoriul României, trebuie făcute următoarele precizări: i) dacă o asemenea hotărâre arbitrală se execută în străinătate, executarea se face potrivit legii din statul pe teritoriul căruia are loc executarea; ii) dacă o astfel de sentință se execută în România, ea constituie titlu executoriu și se execută silit întocmai ca o hotărâre judecătorească (art. 615 C. pr. civ.).

Hotărârile arbitrale pot fi puse în executare chiar dacă sunt atacate cu acțiunea în anulare (art. 635 C. pr. civ.). Totuși, Curtea de Apel competentă să judece acțiunea în anulare poate să dispună suspendarea executării hotărârii arbitrale, fiind aplicabile dispozițiile art. 484 C. pr. civ., referitoare la suspendarea executării hotărârii atacate cu recurs.

Potrivit art. 642 C. pr. civ., dacă se desființează titlul executoriu în urma soluționării acțiunii în anulare, toate actele de executare efectuate în baza acestuia sunt desființate de drept, dacă prin lege nu se prevede altfel. În acest caz, sunt aplicabile dispozițiile privitoare la întoarcerea executării.

Ca și pentru hotărârea judecătorească, instanța de executarea hotărârii arbitrale este judecătoria în circumscripția căreia se află biroul executorului judecătoresc care face executarea, în afara cazurilor în care legea dispune altfel. Instanța de executare soluționează cererile de încuviințare a executării silite, contestațiile la executare, precum și orice alte incidente apărute în cursul executării silite, cu excepția celor date de lege în competența altor instanțe sau organe. Hotărârile pronunțate

¹⁹ Cu privire la limitele forței probante a mențiunilor hotărârii arbitrale, a se vedea I. Deleanu, *Tratat..., op. cit.*, 2013, p. 599.

de instanța de executare sunt executorii și pot fi atacate numai cu apel, în termen de 10 zile de la comunicare, dacă prin lege nu se dispune altfel (art. 650 C. pr. civ.).

În cazul hotărârilor arbitrale străine, legea română recunoaște trei efecte: i) acestea pot fi recunoscute în România, pentru a beneficia de puterea lucrului judecat (art. 1126 C. pr. civ.)²⁰; ii) pot fi recunoscute în România, pentru a fi puse în executare silită pe teritoriul României, dacă nu sunt executate benevol, pe baza unei proceduri prealabile de încuviințare a executării silită, reglementată de art. 1102 și urm. C. pr. civ.; iii) au forță probantă în fața instanțelor din România, cu privire la situațiile de fapt pe care le constată, dacă au fost pronunțate de un tribunal arbitral competent (art. 1131 C. pr. civ.). Hotărârea străină este considerată a fi un înscris autentic care are forța probantă recunoscută de legea statului de origine²¹.

Referindu-se la efectele hotărârilor arbitrale străine, art. 1132 C. pr. civ. dispune că „Tribunalul arbitral nu poate examina hotărârea arbitrală pe fondul diferențului”. Prin urmare, deși legea română subordonează efectele hotărârilor străine condiției regularității internaționale, procedura de verificare a regularității hotărârilor arbitrale străine se limitează strict la acest control, întrucât hotărârea străină se bucură de intangibilitate.

²⁰ În prezent, dispozițiile din Cartea a VII-a (denumită „Procesul civil internațional”) din Codul de procedură civilă reprezintă dreptul comun în materia regimului juridic al hotărârilor judecătorești și arbitrale străine. Conform art. 1064 C. pr. civ., dispozițiile acestei cărți „se aplică proceselor de drept privat cu elemente de extraneitate în măsura în care prin tratatele internaționale la care România este parte, prin dreptul Uniunii Europene sau prin legi speciale nu se prevede altfel”; deci, sistemul român de drept comun urmează a fi înlocuit sau completat, când este cazul, cu prevederile tratatelor internaționale la care România este parte, cu dreptul Uniunii Europene sau cu dispozițiile legilor speciale.

²¹ Art. 269 C. pr. civ. definește înscrisul autentic ca fiind „înscrisul întocmit sau, după caz, primit și autenticat de o autoritate publică, de notarul public sau de către o altă persoană investită de stat cu autoritate publică, în forma și condițiile stabilite de lege. Autenticitatea înscrisului se referă la stabilirea identității părților, exprimarea consimțământului acestora cu privire la conținut, semnătura acestora și data înscrisului.(2) Este, de asemenea, autentic orice alt înscris emis de către o autoritate publică și căruia legea îi conferă acest caracter”.

**CONSIDERAȚII REFERITOARE LA DECIZIA NR. 19/2016,
PRONUNȚATĂ DE ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE,
CU PRIVIRE LA INTERPRETAREA ȘI APLICAREA
ART. 457 ALIN. 4 DIN CODUL DE PROCEDURĂ CIVILĂ**

*Lect. univ. dr. Sergiu STĂNILĂ**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

*Prof. univ. dr. Claudia ROȘU**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Rezumat

Decizia nr. 19/2016 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, privind examinarea recursului în interesul legii declarat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov referitor la interpretarea și aplicarea prevederilor art. 457 din Codul de Procedură Civilă - soluția instanței de control judiciar în ipoteza în care partea exercită o cale de atac greșită, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate, reprezintă expresia principiului legalității, regula supremă care guvernează procesul civil.

În același timp, s-a consacrat, dacă mai era cazul, că normele procesuale sunt de strictă aplicare și că voința legiuitorului nu poate fi distorsionată pentru a crea părții procesuale vreun avantaj nelegal, respectiv posibilitatea de a fi repusă în termenul de declarare/motivare a căii de atac, atunci când repunerea în termen nu este justificată procesual.

Opiniile doctrinare multiple, chiar și cele contrare motivării deciziei analizate de noi în prezentul studiu, au rolul de a sublinia particularitățile normelor procesuale, strictețea cu care legiuitorul trasează cadrul în care se desfășoară procesul civil.

Cuvinte-cheie: *cale de atac, interpretare corectă, recalificare, legalitate, hotărâre, inadmisibilitate, instanță de control judiciar*

* sergiu.stanila@e-uvt.ro.

* claudia.rosu@e-uvt.ro.

Considerations referring the decision no. 19/2016 issued by high court
of cassation and justice in regard to the interpretation
and application of the provisions of the art. 457 paragraph 4
of romanian civil procedure code

Abstract

Decision no. 19/2016 issued by High Court of Cassation and Justice regarding the appeal in the interest of law motioned by the management board of the Brasov Appeal Court referring to the interpretation and application of the provisions of the art. 457 of Romanian Civil Procedure Code - the solution of the Appeal Judge in the case when one party motiones a wrong appeal, in disregard of the right appeal indicated in the decision in question, represents the expression of the principle of legality, the supreme rule governing the civil trial.

In the same time has been settled even if wasn't necessary, that procedure rules must be strictly applied and the will of the legislator cannot be modified in order to create for a party any illegal advantage, respectively the possibility to reinstate the right to appeal outside the time frame provided by law, in case of unjustified reinstating.

Multiple doctrine opinions, even if contrary with the content of the decision analyzed by us in the present study, tend to emphasize the specificity of the procedure rules, the legislator's rigidity in framing the legal borders for the civil procedure trial.

Keywords: *appeal, right interpretation, requalification, legality, decision, inadmissibility, Appeal Judge*

1. Preliminarii

În cadrul Titlului II denumit *Căile de atac* din Codul de procedură civilă, primul capitol este consacrat *Dispozițiilor generale*. Un principiu fundamental al procesului civil, se regăsește și în cazul exercitării căilor de atac, și anume, *principiul legalității*.

Scopul instituirii în art. 457 C. pr. civ. a principiului legalității căii de atac, constă în evitarea promovării unor căi de atac neprevăzute de lege, prevăzând că hotărârea judecătorească este supusă numai căilor de atac prevăzute de lege, în condițiile și termenele stabilite de aceasta, indiferent de mențiunile din dispozitivul ei.

Acesta reprezintă în materia căilor de atac o expresie a principiului consacrat de art. 7 C. pr. civ., care stabilește că procesul civil se desfășoară în conformitate cu dispozițiile legii¹.

Legalitatea căilor de atac este un principiu deosebit de important și a cărui aplicare este incontestabilă în orice sistem procedural. Instituirea căilor de atac este o problemă de interes general și vizează determinarea mijloacelor procedurale ce pot fi exercitate pentru reformarea sau retractarea unei hotărâri judecătorești².

Aceasta înseamnă că, și dacă în dispozitivul hotărârii instanța de judecată ar indica în mod greșit calea de atac sau termenul în care se exercită, solicitantul nu va beneficia decât de calea de atac pe care legea o recunoaște pentru respectivul litigiu și nu cel stabilit nelegal de către instanța de judecată³. A accepta contrariul, înseamnă a accepta că procesul civil este la latitudinea părților procesuale sau a judecătorului, alegerea discreționară a căii de atac de către parte, chiar și urmare a stabilirii nelegale a acesteia de către judecător, determinând în mod evident și o soluționare eronată și nelegală a acesteia de către instanța de control judiciar, în dezacord cu normele procesuale.

Principiul enunțat decurge și din prevederile înscrise în art. 129 din Constituție. Acest text consacră dreptul părților și al Ministerului Public de a folosi căile de atac, dar adaugă că ele se pot exercita „în condițiile legii”. De aceea și în jurisprudență s-a statuat că desființarea unei hotărâri judecătorești se poate solicita numai în cadrul căilor de atac reglementate de Codul de procedură civilă⁴.

Judecătorul investit cu soluționarea unei căi de atac are dreptul să constate temeinicia sau netemeinicia celor reținute în hotărârea atacată, în legătură cu indicarea căii de atac⁵.

Mențiunea inexactă din cuprinsul hotărârii cu privire la calea de atac deschisă contra acesteia, nu are niciun efect asupra dreptului de a exercita calea de atac prevăzută de lege.

Dacă instanța de judecată este sesizată cu o cale de atac neprevăzută de lege, va pronunța soluția de respingere ca inadmisibilă a acestei căi de atac, chiar în considerarea mențiunii inexacte din cuprinsul hotărârii cu privire la calea de atac.

¹ A.P. Dimitriu, *Comentariu la art. 456-465*, în Gh. Piperea, C. Antonache, P. Piperea, A. Dimitriu, M. Piperea, A. Rățoi, A. Atanasiu, *Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 468.

² I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 612.

³ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială conform noului Cod de procedură civilă*, ed. a 7-a, Ed. C. H. Beck, București, 2016, p. 3.

⁴ I. Leș, *op. cit.*, p. 612.

⁵ A.P. Dimitriu, în Gh. Piperea, C. Antonache, P. Piperea, A. Dimitriu, M. Piperea, A. Rățoi, A. Atanasiu, *op. cit.*, p. 468.

Aceasta, deoarece nu este permis nici măcar instanței de judecată să creeze căi de atac neprevăzute de lege. Principiul legalității procesului civil, al legalității căilor de atac este opozabil atât părților procesuale, cât și judecătorului cauzei, nici acesta din urmă neputând deroga de la el. În acest caz, hotărârea pronunțată de instanța de control judiciar va fi comunicată, din oficiu, tuturor părților care au luat parte la judecata în care sa pronunțat hotărârea atacată⁶.

Comunicarea din oficiu urmărește să creeze posibilitatea ca de la această dată să înceapă să curgă, dacă este cazul, termenul pentru exercitarea căii de atac prevăzute de lege.

Partea va putea exercita calea de atac prevăzută de lege în termenul legal de exercitare a acesteia, calculat de la data comunicării hotărârii de respingere. O astfel de hotărâre va indica calea de atac legală și termenul în care ea poate fi exercitată⁷.

Pentru a nu încălca dreptul la un proces echitabil din cauza erorii instanței inferioare, părțile vor putea exercita calea de atac legală în același termen, care va începe să curgă de la momentul comunicării hotărârii prin care s-a stabilit inadmisibilitatea formulării căii de atac reținute de instanța anterioară. Această prevedere este un caz de repunere legală în termenul de exercitare a căii de atac⁸.

Dispoziția procedurală respectivă constituie un important remediu procesual pentru partea prejudiciată printr-o mențiune greșită în privința căii de atac ce poate fi exercitată conform legii⁹.

În vederea asigurării celerității soluționării căii de atac, instanța de judecată are recunoscută și posibilitatea de a dispune printr-o încheiere recalificarea acesteia.

Dacă părțile sunt prezente, de la data pronunțării încheierii, respectiv, de la data comunicării încheierii, dacă părțile au lipsit, va curge un nou termen pentru declararea sau, după caz, motivarea căii de atac prevăzute de lege.

Acest nou termen asigură părților, atât termenul legal, cât și posibilitatea de a motiva calea de atac legală, corect stabilită de către instanța de control judiciar.

2. Decizia nr. 19/201610 pronunțată de instanța supremă în recurs în interesul legii, cu privire la prevederile art. 457 alin. 4 C. pr. civ.

Instanța Supremă, prin Decizia nr. 19/2016, a admis recursul în interesul legii formulat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov privind interpretarea și aplicarea prevederilor art. 457 alin. 4 C. pr. civ., și, în consecință, a stabilit că dispozițiile

⁶ C. Roșu, *op. cit.*, p. 4.

⁷ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă, vol. II*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 148.

⁸ A.P. Dimitriu, în Gh. Piperea, C. Antonache, P. Piperea, A. Dimitriu, M. Piperea, A. Rățoi, A. Atanasiu, *op. cit.*, p. 469.

⁹ I. Leș, *op. cit.*, p. 612.

¹⁰ Decizia nr. 19/2016 a fost publicată în M. Of. nr. 103 din 6 februarie 2017.

art. 457 alin. 4 C. pr. civ. nu sunt aplicabile dacă partea exercită o cale de atac neprevăzută de lege, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate.

În ipoteza în care partea exercită o cale de atac neprevăzută de lege, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate, instanța de control judiciar va respinge ca inadmisibilă calea de atac neprevăzută de lege, potrivit art. 457 alin. 1 C. pr. civ., în măsura în care aceasta nu poate fi calificată prin aplicarea dispozițiilor art. 152 (potrivit căreia cererea pentru exercitarea unei căi de atac este valabilă chiar dacă poartă o denumire greșită) raportat la art. 22 alin. 4 C. pr. civ. (potrivit căreia, judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecării, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire).

2.1. Problema de drept care a generat practică neunitară. Examenul jurisprudențial

Din cuprinsul recursului în interesul legii, rezultă că în practica instanțelor nu există un punct de vedere unitar cu privire la soluția pronunțată de instanța de control judiciar în ipoteza în care partea exercită o cale de atac greșită, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii.

Astfel, unele instanțe au respins ca inadmisibilă calea de atac greșit declarată, apreciind că în cauză nu se poate face aplicarea dispozițiilor art. 457 alin. 4 C. pr. civ., care reglementează procedura de urmat în situația recalificării căii de atac într-o ipoteză diferită de cea de față.

Dimpotrivă, alte instanțe au procedat la recalificarea căii de atac greșit formulate, reținând că prevederile art. 457 alin. 4 C. pr. civ. nu îngăduiesc dreptul judecătorului de a proceda la recalificarea căii de atac, limitându-l doar la ipoteza prevăzută de alin. 3 al aceluiași articol.

Într-o primă orientare jurisprudențială, s-a apreciat că se impune respingerea ca inadmisibilă a căii de atac declarate greșit, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate. Astfel, în situația exercitării unei căi de atac neprevăzute de lege, deși calea de atac legală a fost corect menționată în dispozitivul hotărârii, s-a opinat în sensul respingerii acesteia ca inadmisibilă¹¹.

¹¹ A se vedea în acest sens mai multe decizii de practică judiciară, respectiv: decizia nr. 2469/2014, ICCJ, secția a II-a civilă, publicată în Revista Română de Jurisprudență nr. 6/2014; decizia nr. 508/2014, Curtea de Apel Alba-Iulia, secția I civilă, publicată în Decizii relevante ale Curții de Apel Alba Iulia pe anul 2014, III, p. 51; decizia nr. 518/2014, Curtea de Apel Ploiești, secția I civilă, publicată în Decizii relevante ale Curții de Apel Ploiești pe anul 2014, I, p. 36; decizia nr. 635/2014, Curtea de Apel Timișoara, secția I civilă, publicată în Buletinul Curților de Apel, nr. 12/2014, p. 36; decizia nr. 288/2014 a Curții de Apel Cluj, secția a II-a civilă, publicată în Decizii relevante ale Curții de Apel Cluj pe anul 2014, III, p. 142; decizia nr. 1700/2013 a Curții de Apel Timișoara, secția I civilă, publicată în Revista Pandectele Române nr. 10/2014.

În acest context s-a apreciat că art. 457 alin. 2-4 C. pr. civ. este aplicabil, în ipoteza în care hotărârea atacată prevede mențiuni inexacte referitoare la calea de atac.

Dispozițiile art. 152 C. pr. civ. permit calificarea căii de atac în condițiile în care se poate reține o eroare în denumirea cererii. Însă, acest text de lege nu poate primi eficiență atunci când din cuprinsul cererii nu rezultă niciun element care să conducă la concluzia existenței unei erori în ce privește denumirea căii de atac, nefiind indicat niciun element care să conducă la concluzia că în realitate s-a intenționat exercitarea căii de atac legale și corect indicate prin hotărârea atacată.

S-a considerat că dispozițiile art. 457 alin. 4 C. pr. civ. reglementează procedura de urmat în situația recalificării căii de atac incorect indicate în sentința atacată, această soluție fiind alternativă față de cea reglementată de art. 457 alin. (3) C. pr. civ.

În ipoteza supusă dezbaterii nu se poate face aplicarea prevederilor art. 457 alin. 4 C. pr. civ., deoarece o astfel de procedură ar conduce la consecința că partea aflată în culpă procesuală de a nu fi exercitat calea de atac legală și corect indicată în hotărârea atacată să beneficieze de un nou termen pentru declararea sau motivarea căii de atac prevăzute de lege, ceea ce i-ar crea un avantaj nejustificat în raport cu partea adversă.

O altă soluție este în sensul recalificării căii de atac greșit formulate.

Prevederile art. 457 alin. 4 C. pr. civ. nu îngrădesc dreptul judecătorului de a proceda la recalificarea căii de atac, limitându-l doar la ipoteza prevăzută de alin. 3 al aceluiași articol, respectiv atunci când calea de atac a fost greșit formulată, în considerarea mențiunii inexacte din dispozitivul hotărârii atacate.

Practic, art. 457 alin. 4 C. pr. civ. reglementează situația exercitării unei alte căi de atac decât cea prevăzută de lege (indiferent dacă aceasta a fost sau nu corect indicată în hotărârea atacată), instanța de control judiciar urmând a recalifica calea de atac, legiuitorul prevăzând curgerea unui nou termen de la pronunțare, respectiv de la comunicarea încheierii de recalificare, pentru motivarea, respectiv declararea căii de atac legale.

În perioada 7-8 mai 2015, la sediul Curții de Apel Iași, a avut loc întâlnirea reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile ale curților de apel și Înaltei Curți de Casație și Justiție, în care au fost dezbătute probleme de drept ce au generat practică neunitară în materie civilă. În legătură cu legalitatea și recalificarea căii de atac - art. 457 C. pr. civ., Institutul Național al Magistraturii a exprimat mai multe opinii, toate agreeate de participanți.

Astfel, pornind de la dispozițiile art. 457 alin. 3 C. pr. civ., completate cu alineatul nou introdus prin Legea nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe¹², potrivit căruia, atunci când instanța

¹² Legea nr. 138/2014, a fost publicată în M. Of. nr. 753 din 16 octombrie 2014.

dispune recalificarea căii de atac, de la data pronunțării încheierii, pentru părțile prezente, sau de la data comunicării încheierii, pentru părțile care au lipsit, va curge un nou termen pentru declararea sau, după caz, motivarea căii de atac prevăzute de lege, ținând cont și de art. 152 C. pr. civ., s-au conturat următoarele distincții:

a) în ipoteza în care hotărârea atacată conține în dispozitivul său o mențiune inexactă cu privire la calea de atac, iar partea declară calea de atac prevăzută de lege, nu se impune nici calificarea căii de atac, prevăzută de art. 152 C. pr. civ., nici recalificarea acesteia, menționată la art. 457 alin. 4 C. pr. civ., și nici aplicarea art. 457 alin. 3 C. pr. civ. vizând respingerea căii de atac ca inadmisibilă, ci instanța va proceda la soluționarea acesteia în consecință;

b) în ipoteza în care hotărârea atacată conține în dispozitivul său o mențiune inexactă cu privire la calea de atac, iar partea declară acea cale de atac indicată greșit de instanța care a pronunțat hotărârea, instanța de control judiciar are două posibilități, a căror existență poate fi dedusă având în vedere următoarele considerente: modalitatea de redactare a textului art. 457 alin. 3 C. pr. civ. („dacă instanța respinge ca inadmisibilă calea de atac neprevăzută de lege”) denotă că instanța are și posibilitatea să nu respingă astfel calea de atac, ci să o recalifice, potrivit art. 457 alin. 4 C. pr. civ.; textul art. 457 alin. 4 C. pr. civ. nu ar mai avea aplicabilitate și justificare pertinentă. Astfel, dacă s-ar considera că art. 457 alin. 4 C. pr. civ. este incident în situația în care partea declară o cale de atac neprevăzută de lege, deși prima instanță a indicat corect calea de atac în dispozitivul hotărârii atacate, iar instanța de control judiciar ar trebui să-i acorde un nou termen pentru declararea și motivarea căii de atac prevăzute de lege, aceasta ar echivala cu o prelungire nejustificată a termenului legal (de pildă, partea ar avea tot interesul ca în mod intenționat să declare o cale de atac neprevăzută de lege pentru a beneficia de o prelungire a termenului de motivare a acesteia). În consecință, în ipoteza în discuție, instanța de control judiciar va putea opta pentru una dintre următoarele două soluții:

- să respingă calea de atac ca inadmisibilă, potrivit art. 457 alin. 3 C. pr. civ., cu consecința comunicării, din oficiu, a hotărârii pronunțate de instanța de control judiciar tuturor părților care au luat parte la judecata în care s-a pronunțat hotărârea atacată;

- să recalifice calea de atac, potrivit art. 457 alin. 4 C. pr. civ., cu consecința comunicării încheierii de recalificare către părțile lipsă.

Prin urmare, raportat la această ultima ipoteză, dacă partea declară apel, cale de atac incorect indicată de prima instanță în dispozitivul hotărârii atacate, instanța de control judiciar poate proceda la recalificarea căii de atac exercitate din apel în recurs, prin încheiere, cu punerea în prealabil a acestui aspect în discuția contradictorie a părților. Această încheiere este supusă comunicării către părțile care au lipsit de la termenul de judecată în care s-a dispus recalificarea. Din această prevedere legală se deduce, implicit, obligația în sarcina instanței de amânare a cauzei

și de citare a părților cu calitățile procesuale nou-dobândite în urma recalificării căii de atac (spre exemplu, recurent-reclamant, în loc de apelant-reclamant). De la data pronunțării acestei încheieri, respectiv de la data comunicării sale, după caz, va curge termenul pentru motivarea căii de atac a recursului. Soluția a fost considerată una firească și echitabilă (ținând cont de eroarea instanței care a pronunțat hotărârea atacată), în caz contrar, recalificarea căii de atac, în ipoteza dată, fără repunerea părții în termenul de motivare a căii de atac, fiind de natură să atragă nulitatea recursului, potrivit art. 486 alin. 3 C. pr. civ.. S-a reținut că partea nu trebuie să formuleze cerere de repunere în termenul de motivare a căii de atac recalificate, în condițiile art. 186 C. pr. civ., incidența art. 457 alin. 4 C. pr. civ. fiind suficientă prin ea însăși să determine acest efect;

c) în ipoteza în care hotărârea atacată indică în dispozitivul său în mod corect calea de atac prevăzută de lege, însă partea declară o altă cale de atac, nelegală, sunt aplicabile dispozițiile art. 152 C. pr. civ. vizând calificarea căii de atac. În acest caz, partea își va asuma consecințele declarării unei căi de atac neprevăzute de lege, alta decât cea indicată corect în hotărârea atacată, astfel că, în ipoteza în care, de pildă, va declara apel în loc de recurs și nu-l va motiva în termen, instanța de control judiciar va aplica sancțiunea anulării recursului¹³.

În opinia noastră, soluția corectă și legală este cea cuprinsă în prima orientare, deoarece dacă calea de atac este corect indicată în dispozitivul hotărârii judecătorești atacate, partea trebuie pe aceea să o exercite. Dacă dimpotrivă, partea consideră contrar celor dispuse prin dispozitiv, că ar trebui să promoveze o altă cale de atac, pe care o apreciază ca fiind corectă, își asumă aplicarea sancțiunii inadmisibilității.

A doua orientare o considerăm greșită, deoarece partea nu-și poate invoca propria culpă și să beneficieze de calea de atac legală. Odată ce contrar celor statuate prin dispozitivul hotărârii judecătorești, partea promovează o altă cale de atac decât cea legală, nu se poate considera că soluția instanței de judecată ar trebui să fie de recalificare și acordare a unui nou termen pentru declararea și motivarea căii de atac. Fiind în culpă procesuală, partea nu poate beneficia de un nou termen de promovare și motivare a căii de atac.

2.2. Jurisprudența Curții Constituționale

În urma verificărilor efectuate nu s-au identificat decizii pronunțate de instanța de contencios constituțional cu privire la textul de lege în discuție.

Acest lucru nu impiedică în vreun fel asupra legalității deciziei pronunțate ori asupra temeiniciei argumentării ei. Luarea în discuție a jurisprudenței relevante a

¹³ Minuta întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile ale curților de apel și Înaltei Curți de Casație și Justiție de la Iași din 7-8 mai 2015, pct. 32, este disponibilă pe www.inm-lex.ro.

Curții Constituționale, dacă aceasta există, reprezintă doar o condiție a judecării recursului în interesul legii, așa cum statuează legiuitorul în dispozițiile art. 516 alin. 7 C. pr. civ.: raportul asupra recursului în interesul legii cuprinde și jurisprudența relevantă a Curții Constituționale, alături de cea a Curții Europene a Drepturilor Omului sau a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

2.3. *Opiniile doctrinare*

Și îndoctrină s-au exprimat opinii diferite.

Astfel, **într-o opinie** s-a susținut că, în egală măsură, în respectarea dispozițiilor art. 457 alin. 1 C. pr. civ., calea de atac este respinsă ca inadmisibilă și atunci când, în pofida mențiunii corecte făcute de judecător, partea a exercitat o altă cale de atac decât cea legală ori a exercitat o cale de atac neprevăzută de lege; în această ipoteză, însă, judecătorul nu va putea respinge în mod automat calea de atac ca inadmisibilă, ci va fi obligat să facă aplicarea dispozițiilor art. 152 C. pr. civ., soluția inadmisibilității urmând a fi pronunțată numai dacă, în urma recalificării, calea de atac nu este prevăzută de lege¹⁴.

În același sens s-a arătat că aplicarea art. 457 alin. 4 C. pr. civ., într-o asemenea situație, nu se justifică, devenind aplicabile prevederile art. 152 C. pr. civ., ca normă de drept comun¹⁵.

Pe de altă parte, în doctrină s-a susținut că noul Cod de procedură civilă, consacrand expres principiul legalității căii de atac, a adus totuși prin art. 457 alin. 3 un „corectiv, pentru ca partea ce a dat crezare hotărârii judecătorului să nu fie prejudiciată în cazul în care judecătorul a greșit”¹⁶.

Într-o altă opinie s-a susținut că art. 457 alin. 4 C. pr. civ. este aplicabil și dacă partea își denumeste greșit calea de atac, deși aceasta a fost corect indicată de instanță¹⁷.

Dintre acestea, **în opinia noastră**, o considerăm corectă pe prima, deoarece într-adevăr, dacă partea a promovat o cale de atac greșită față de cea corect indicată în dispozitivul hotărârii atacate, soluția legală este de respingere ca inadmisibilă a căii

¹⁴ M. Tăbărcă, *Drept procesual civil, vol. III - Căile de atac*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 16.

¹⁵ *Noul Cod de procedură civilă comentat și annotat, vol. I*, ediție coordonată de Viorel Mihai Ciobanu și Marian Nicolae, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 1.270; *Noul Cod de procedură civilă – Comentariu pe articole*, ediție coordonată de Gabriel Boroș, vol. II, ed. a doua, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2016, București, p. 8.

¹⁶ *Noul Cod de procedură civilă comentat și annotat, vol. I*, ediție coordonată de Viorel Mihai Ciobanu și Marian Nicolae, *op. cit.*, p. 1.269.

¹⁷ G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a III-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2016, p. 607.

de atac promovate. Însă, această soluție instanța de judecată o poate pronunța, numai dacă nu a identificat calea de atac legală, după ce în virtutea principiului rolului activ, a calificat corect cererea privitoare la calea de atac promovată.

2.4. Opinia Colegiului de conducere al Curții de Apel Brașov

Deși Colegiul de Conducere al Curții de Apel Brașov, a sesizat instanța supremă, nu a prezentat un punct de vedere asupra problemei de drept ce formează obiectul recursului în interesul legii.

Chiar dacă în cazul sesizării instanței supreme pentru interpretarea și aplicarea unitară a legii, nu este prevăzută obligația subiectului procesual de a motiva cererea, în **opinia noastră** considerăm *de lege ferenda* că, ar trebui prevăzută această obligație, astfel cum este stabilită în art. 520 alin. 1 C. pr. civ., în cazul sesizării instanței supreme în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept. Pentru toate cererile formulate în instanță, potrivit art. 194 lit. d) C. pr. civ., trebuie să existe motivarea lor, cu atât mai mult, când este sesizată instanța supremă să se pronunțe asupra unui recurs în interesul legii, ar trebui să existe o astfel de cerință îndeplinită.

Necesitatea motivării cererii se justifică și din rațiuni logice, nu doar procesuale. Având în vedere opiniile doctrinare multiple formulate și argumentate anterior pronunțării deciziei analizate de noi, împreună cu soluțiile jurisprudențiale preexistente, instanța care sesizează Înalta Curte de Casație și Justiție trebuie, având la dispoziție toate aceste elemente, să își formeze o opinie în legătură cu problema de drept procesual asupra căreia solicită intervenția Instanței Supreme și dezlegare juridică, în virtutea rolului și atribuțiilor pe care aceasta din urmă le are prin lege.

2.5. Opinia Procurorului General al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție

Analizând orientările jurisprudențiale diferite, relevate de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov prin sesizarea cu recurs în interesul legii, procurorul general a apreciat ca fiind în litera și spiritul legii, opinia conform căreia calea de atac greșit declarată, deși corect menționată în dispozitivul hotărârii judecătorești atacate, este inadmisibilă, fără a mai exista posibilitatea declarării ulterioare a vreunei căi de atac. De asemenea, a reținut că prevederile art. 457 alin. 4 C. pr. civ. au un domeniu de aplicare mai larg decât cel al dispozițiilor art. 457 alin. 3 din același cod, astfel încât această normă își va găsi aplicarea și în ipoteza în care partea, din neștiință sau din lipsă de pregătire, denumeste greșit calea de atac formulată, deși în hotărârea atacată a fost menționată corect calea de atac prevăzută de lege. În acest caz, potrivit art. 152 C. pr. civ., constatând că cererea pentru exercitarea căii de atac

este valabil făcută, iar din motive rezultă cu claritate scopul urmărit de parte, instanța de control judiciar va dispune recalificarea căii de atac prevăzută de lege, conform dispozițiilor art. 457 alin. 4 C. pr. civ. Dacă, însă, nu se poate reține eroarea în denumirea cererii, calea de atac va fi respinsă ca inadmisibilă, fără a se proceda la recalificarea ei și fără a exista, ca atare, posibilitatea declarării ulterioare a căii de atac prevăzute de lege.

Considerăm corectă opinia Procurorului General, care corespunde spiritului și literei prevederii art. 457 alin. 4 C. pr. civ..

2.6. Opinia judecătorilor-raportori

Judecătorii-raportori au apreciat că dispozițiile art. 457 alin. 4 C. pr. civ. nu sunt aplicabile dacă partea exercită o cale de atac neprevăzută de lege, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate; în ipoteza în care partea exercită o cale de atac neprevăzută de lege, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate, instanța de control judiciar va respinge ca inadmisibilă calea de atac neprevăzută de lege, potrivit dispozițiilor art. 457 alin. 1 C. pr. civ., în măsura în care aceasta nu poate fi calificată prin aplicarea dispozițiilor art. 152 raportat la art. 22 alin. 4 C. pr. civ.

În opinia noastră, dintre punctele de vedere exprimate, judecătorii-raportori au identificat-o pe cea pe care o considerăm corectă și legală.

2.7. Opinia Înaltei Curți de Casație și Justiție

Examinând sesizarea cu recurs în interesul legii, raportul întocmit de judecătorii-raportori și dispozițiile legale ce se solicită a fi interpretate în mod unitar, instanța supremă a reținut următoarele:

Autorul sesizării a constatat că există practică neunitară în ceea ce privește interpretarea și aplicarea prevederilor art. 457 C. pr. civ., cu referire la soluția instanței de control judiciar în ipoteza în care partea exercită o cale de atac neprevăzută de lege, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate.

Din analizarea celor două opinii aflate în conflict reiese că prevederile legale care au fost interpretate diferit au fost, de fapt, cele ale art. 457 alin. 4 C. pr. civ., introdus prin Legea nr. 138/2014.

Problema care se pune este dacă acest alineat se aplică, precum alin. 3 al aceluiași articol, doar în cazul existenței unor mențiuni inexacte în cuprinsul hotărârii atacate sau și în cazul în care în cuprinsul hotărârii atacate este indicată corect calea de atac prevăzută de lege, dar, cu toate acestea, partea declară o cale de atac eronată. Consecințele interpretării au efect asupra curgerii unui nou termen pentru declararea sau, după caz, motivarea căii de atac prevăzute de lege.

Într-adevăr, consecințele pentru adoptarea uneia sau alteia dintre cele două opinii sunt total diferite, astfel încât problema trebuia tranșată pentru una dintre interpretări.

Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul competent să judece recursul în interesul legii a constatat că interpretarea art. 457 alin. 4 C. pr. civ. este în sensul că această normă juridică se aplică în cazul existenței unor mențiuni inexacte în cuprinsul hotărârii atacate, acest alineat fiind edictat pentru aceeași rațiune ca și alin. 3 al aceluiași articol, anume partea care exercită calea de atac să nu fie prejudiciată, ca efect al menționii inexacte sau lipsei menționii din hotărârea atacată, cu privire la calea de atac pe care o poate exercita.

Considerăm că, deși principiul *nemo censetur ignorare legem* impune cunoașterea de către justițiabil a prevederilor legale sau dacă nu le cunoaște să recurgă la un specialist în domeniu, legiuitorul a dorit să ofere o cale de remediere a menționii inexacte din cuprinsul hotărârii judecătorești cu privire la calea de atac. În acest fel, partea interesată nu este sancționată prin respingerea cererii sale, deoarece mențiunea inexactă referitoare la calea de atac, este greșeala judecătorului.

Instanța supremă a stabilit că această concluzie este întemeiată atât pe interpretarea sistematică a textului, cât și pe împrejurarea că o interpretare extensivă a alin. 4, în sensul unei recalificări neîngrădite a căii de atac greșit exercitate, ar goli de conținut principiul legalității căii de atac, consacrat de art. 457 alin. 1 C. pr. civ.

Interpretând sistematic acest text de lege a reținut următoarele: în primul rând, pentru a determina conținutul termenului *recalificare*, în acest alineat fiind singurul loc în care poate fi găsit în cod, este util a ne raporta la termenul *calificare* din același cod.

Potrivit art. 22 alin. 4 prima teză C. pr. civ., „judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire”.

Astfel, în viziunea codului, judecătorul, iar nu partea, este cel care dă calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, posibilitatea ca părțile prin acordul lor să determine calificarea juridică fiind reglementată special (art. 22 alin. 5 C. pr. civ.) și fiind, astfel, de strictă aplicare.

Ca atare, recalificarea căii de atac este operațiunea pe care o face instanța sesizată, prin raportare la o calificare inexactă, făcută tot de către o instanță de judecată, în cuprinsul hotărârii atacate, iar nu de către parte în cuprinsul căii de atac formulate. În acest din urmă caz, nu are loc o recalificare a căii de atac, ci o calificare, prin aplicarea art. 22 alin. 4 raportat la art. 152 C. pr. civ.

Deși **în opinia noastră**, argumentele reținute de instanța supremă, le considerăm corecte, nu suntem de acord că instanța nu procedează la o recalificare, ci, doar la o calificare. Aceasta deoarece prima dată calificarea oricărei cereri adresate

instanței de judecată o face partea care o formulează, iar dacă este greșită, judecătorul o recalifică în funcție de obiectul cererii, trecând peste denumirea inițială.

În al doilea rând, instanța supremă a reținut că alin. 4 trebuie interpretat în contextul articolului din care face parte, și anume art. 457 C. pr. civ., intitulat „Legalitatea căii de atac”. Astfel, primele două alineate consacra expres principiul legalității căii de atac, principiu ce este conturat prin opoziție cu eventualele mențiuni inexacte din cuprinsul hotărârii. Așa cum se reține în doctrină, prin alin. 3 al art. 457 C. pr. civ. s-a adus un „corectiv, pentru ca partea ce a dat crezare hotărârii judecătorului să nu fie prejudiciată în cazul în care judecătorul a greșit”. Alineatul 4, introdus ulterior, nu putea reprezenta decât tot o încercare de înlăturare a unei posibile vătămări în cazul existenței unei mențiuni inexacte în dispozitivul hotărârii atacate referitor la calea de atac prevăzută de lege, o astfel de interpretare fiind concordantă cu prevederile art. 47 și 48 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative¹⁸.

Potrivit art. 47 alin. 1 teza a doua din Legea nr. 24/2000: „Articolul cuprinde, de regulă, o singură dispoziție normativă aplicabilă unei situații date”. Conform alin. 2 al aceluiași articol: „Structura articolului trebuie să fie echilibrată, abordând exclusiv aspectele juridice necesare contextului reglementării”.

Potrivit alin. 1 și 2 ale art. 48 din Legea nr. 24/2000, intitulat „Alineatul”: „(1) În cazul în care din dispoziția normativă primară a unui articol decurg, în mod organic, mai multe ipoteze juridice, acestea vor fi prezentate în alineate distincte, asigurându-se articolului o succesiune logică a ideilor și o coerență a reglementării.

(2) Alineatul, ca subdiviziune a articolului, este constituit, de regulă, dintr-o singură propoziție sau frază, prin care se reglementează o ipoteză juridică specifică ansamblului articolului (...).”

Astfel, din dispoziția normativă primară a unui articol trebuie să decurgă, în mod organic, mai multe ipoteze juridice prezentate în alineate distincte, asigurându-se articolului o succesiune logică a ideilor și o coerență a reglementării. Alineatul trebuie să reglementeze o ipoteză juridică specifică ansamblului articolului. Dacă s-ar adopta interpretarea extensivă a alin. 4, în sensul unei recalificări neîngrădite a căii de atac greșit exercitate, s-ar goli de conținut principiul legalității căii de atac consacrat de alin. 1 al art. 457 C. pr. civ.

Și în opinia noastră, nu se poate admite interpretarea extensivă, deoarece partea nu poate beneficia de propria culpă, pentru ca să i se recunoască calea de atac corectă. Ar însemna nu numai înfrângerea principiului legalității căii de atac, dar și a unui alt principiu fundamental al procesului civil, anume al egalității, prevăzut de art. 8

¹⁸ Legea nr. 24/2000 a fost republicată în M. Of. nr. 260 din 21 aprilie 2010, cu modificările și completările ulterioare.

C. pr. civ., care dispune că în procesul civil, părților le este garantată exercitarea drepturilor procesuale, în mod egal.

Instanța supremă a reținut că, în cazul în care instanța de judecată ar proceda în toate situațiile la recalificarea căii de atac, determinând astfel curgerea unui nou termen pentru declararea/motivarea căii de atac prevăzute de lege, partea ar fi îndrituită să exercite orice cale de atac împotriva hotărârii judecătorești, independent de dispozițiile legale aplicabile și de mențiunea corectă din dispozitivul hotărârii atacate. Or, textul menționat nu prevede dreptul generic al părții de a exercita o cale de atac, ci dreptul acesteia la exercitarea căii de atac prevăzute de lege.

Mai mult, o asemenea interpretare ar legitima posibilitatea părții care nu exercită în termenul prevăzut de lege calea de atac corect indicată în hotărârea atacată, să declare o cale de atac greșită și, ulterior recalificării automate, să fie repusă în termenul de declarare/motivare a căii de atac, fără a exista vreo rațiune procesuală pentru o asemenea repunere în termen.

Considerăm și noi că nu se poate recunoaște dreptul părții de a beneficia de o repunere în termen, dacă contrar celor dispuse în hotărârea judecătorească, promovează o cale de atac neprevăzută de lege. În acest fel, se evită abuzul de drept, pe care partea respectivă l-ar săvârși cu prilejul promovării căii de atac.

Instanța supremă a stabilit că, recalificarea căii de atac în condițiile art. 457 alin. 4 C. pr. civ. poate fi dispusă numai atunci când partea a exercitat o cale de atac greșită, ca efect al mențiunii inexacte sau lipsei mențiunii din hotărârea atacată, cu privire la calea de atac ce trebuie exercitată, pentru că numai atunci este justificată din punct de vedere procedural curgerea unui nou termen pentru declararea/motivarea căii de atac prevăzute de lege.

Aceasta înseamnă că, dacă partea își denumeste greșit calea de atac, deși aceasta a fost corect indicată de către instanță, devin aplicabile prevederile art. 22 alin. 4 și art. 152 C. pr. civ., ca norme de drept comun.

Într-o asemenea situație, instanța competentă să soluționeze calea de atac va proceda la calificarea acesteia, conform acestor din urmă dispoziții, fără însă, ca urmare a acestei calificări, să curgă un nou termen pentru declararea, respectiv motivarea căii de atac prevăzute de lege, neexistând un temei juridic pentru repunerea în termen.

În măsura în care cererea nu conține suficiente elemente care să permită instanței să califice calea de atac formulată drept cea prevăzută de lege sau partea insistă în denumirea dată inițial căii de atac, aceasta va fi respinsă, ca inadmisibilă, în temeiul art. 457 alin. 1 C. pr. civ.

În opinia noastră, este corectă concluzia instanței supreme, deoarece dacă nu se poate determina care este calea de atac promovată de parte sau dacă aceasta stăruie în calea de atac pe care a formulat-o, soluția legală și corectă este de respingere ca inadmisibilă.

În finalul argumentelor, instanța supremă a considerat că pentru o mai bună determinare a întinderii efectelor acestei decizii, este utilă evidențierea terminologiei folosite de legiuitor în cuprinsul art. 457 C. pr. civ., sub aspectul distincției dintre calea de atac „neprevăzută de lege” și calea de atac „prevăzută de lege”.

Astfel, în prima teză a alin. 3 al acestui articol se regăsește sintagma calea de atac „neprevăzută de lege”, în contextul exercitării unei asemenea căi de atac de către parte în considerarea mențiunii inexacte din cuprinsul hotărârii, sintagmă care este opusă în ultima teză a aceluiași alineat sintagmei calea de atac „prevăzută de lege”, care, de altfel, se regăsește în fiecare dintre alineatele art. 457 C. pr. civ. intitulat „Legalitatea căii de atac”.

Punând în opoziție aceste expresii rezultă înțelesul dat de legiuitor sintagmei calea de atac „neprevăzută de lege” ca fiind atât o cale de atac inexistentă, dar și o cale de atac care poartă o denumire diferită de cea prevăzută expres de lege (cu posibile consecințe asupra conținutului cererii). Formularea unei astfel de căi de atac poate fi determinată, pe de o parte, de mențiunea inexactă din cuprinsul hotărârii, dar și, pe de altă parte, cum este cazul de față, de considerente ce țin exclusiv de comportamentul procesual al părții.

În consecință, instanța supremă a admis recursul în interesul legii și a stabilit că dispozițiile art. 457 alin. 4 C. pr. civ. nu sunt aplicabile dacă partea exercită o cale de atac neprevăzută de lege, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate.

În ipoteza în care partea exercită o cale de atac neprevăzută de lege, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate, instanța de control judiciar va respinge ca inadmisibilă calea de atac neprevăzută de lege, potrivit art. 457 alin. 1 C. pr. civ., în măsura în care aceasta nu poate fi calificată prin aplicarea dispozițiilor art. 152 raportat la art. 22 alin. 4 C. pr. civ.

3. Concluzii

Considerăm că Instanța Supremă, prin Decizia nr. 19/2016, a pronunțat soluția corectă și legală, în privința interpretării și aplicare unitare a prevederilor art. 457 alin. 4 C. pr. civ..

Astfel, ori de câte ori, partea formulează o cale de atac neprevăzută de lege, deși în dispozitivul hotărârii atacate este menționată corect calea de atac, iar instanța de control judiciar nu poate dispune recalificarea sau partea persistă să se mențină calea de atac greșită, soluția nu poate fi decât de respingere ca inadmisibilă.

Sau altfel spus, atât partea, cât și judecătorul sunt ținute să respecte și să aplice dispozițiile procesuale, cu respectarea strictă a legii.

FORME DE PARTICIPAȚIE LA COMITEREA INFRAȚIUNILOR AFLATE ÎN COMPETENȚA TRIBUNALELOR PENALE INTERNAȚIONALE

Lect. dr. Ioana-Celina PAȘCA¹
Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept

Rezumat

Prezentul studiu își propune să analizeze specificul participației penale în cazul infracțiunilor aflate în competența tribunalelor penale internaționale. Complexitatea și natura colectivă a crimelor împotriva umanității și a crimelor de război generează problema individualizării răspunderii penale a participanților la comiterea acestora. Jurisdicțiile internaționale sunt obligate, în consecință, să stabilească, raportat la rolul individului în structura ierarhică a unei organizații sau chiar a unui stat, forma de participație a acestuia la infracțiune.

Cuvinte-cheie: Crime împotriva umanității, crime de război, participație penală, coautorat, instigare, complicitate

Forms of participation in the perpetration of crimes found within the jurisdiction of the international criminal tribunals

Abstract

The present study aims to analyse the specificity of criminal participation in the case of those crimes found within the jurisdiction of the International Criminal Tribunals. The complexity and collective nature of crimes against thumanity and war crimes generates the problem of individualising the criminal liability of the crime participants. International jurisdictions are therefore obliged to establish, in relation to the individual's role in the hierarchical structure of an organisation or even a state, the form of their participation in the perpetration of the crime.

Keywords: Crimes against humanity, war crimes, criminal participation, co-perpetrator, incitement, complicity

¹ ioana.pasca@e-uvt.ro. În principiu, m-am referit la varianta franceză a hotărârilor tribunalelor penale internaționale, cu excepția cazului în care am indicat altfel în nota de subsol.

1. Introducere

Dezbaterile privind crimele împotriva umanității și crimele de război au vizat, în principal, controversa referitoare la răspunderea individuală pentru un fenomen criminal colectiv, a responsabililor morali, respectiv a *high-level perpetrators*, la comiterea infracțiunii. În acest context, sistemul de drept penal internațional trebuia ajustat în sensul sancționării unor crime în masă.

Statutul Tribunalului Militar de la Nürnberg conține prevederi conform cărora liderii, organizatorii, instigatorii sau complicii trebuie să răspundă pentru faptele lor alături de autorii infracțiunilor, dar, cu toate acestea, practica acestuia nu a dezvoltat o teorie privind participarea penală.

În lipsa unei reglementări exprese, judecătorii Tribunalului pentru fosta Iugoslavie au conceput o formă de participare colectivă denumită *joint criminal enterprise*, în scopul justificării răspunderii individuale a autorilor morali pentru o infracțiune colectivă.

Analizând obiectul și scopul Statutului, judecătorii Tribunalului pentru fosta Iugoslavie au ajuns la concluzia că acesta „permite extinderea competenței Tribunalului la toate persoanele ce se fac vinovate de violarea dreptului internațional umanitar”².

Câțiva ani mai târziu, Camera de Apel a aceluiași Tribunal a interpretat această abordare ca fiind excesivă, având în vedere că o astfel de răspundere nu are fundament în dreptul cutumiar sau în practica constantă a Tribunalului pentru fosta Iugoslavie³. Aceeași instanță își motivează Hotărârea prin faptul că introducerea unor noi forme de răspundere în practica Tribunalului pentru fosta Iugoslavie „ar constitui o sursă de incertitudine și de confuzie”, atât pentru părți, cât și pentru instanțe⁴. Ulterior, același Tribunal a renunțat la conceptul *joint criminal enterprise*. Relevantă în acest sens este Hotărârea a Camerei de Primă Instanță în cauza Milomir Stakić, care a renunțat la conceptul de *joint criminal enterprise* în favoarea termenului clasic de *co-perpetration*.

Aparent, această problemă a fost surmontată de către Curtea Penală Internațională prin prevederea explicită a răspunderii pentru contribuția la comiterea sau la tentativa de comitere a unei crime de către un grup de persoane acționând împreună. Curtea Penală Internațională, în jurisprudența sa relativ restrânsă, se pare că a renunțat definitiv la conceptul de *joint criminal enterprise* și a adoptat pentru sancționarea participanților la o infracțiune colectivă conceptul de *joint control over the crime*.

² TPI, Camera de Apel (*Appeals Chamber*), Procuror c/ Duško Tadić, Cauza nr. IT-94-I-A, 15 iulie 1999, parag. 189, p. 84.

³ TPI, Camera de Apel (*Appeals Chamber*), Procuror c/Milomir Stakić, Cauza nr. IT-97-24-A, 22 martie 2006, parag. 59, p. 35.

⁴ *Id.*, parag. 62, p. 35.

II. Forme de participație la comiterea crimelor internaționale

Statutul Curții Penale Internaționale, asemenea sistemelor de drept naționale, a reglementat participația penală, distingând între autori și alți participanți la infracțiune, în funcție de contribuția fiecăruia la realizarea elementului material al infracțiunii. Distincția o regăsim, de altfel, și în Statutul Tribunalului Militar de la Nürnberg, conform căruia liderii, organizatorii, instigatorii sau complicii vor răspunde pentru faptele lor, alături de autorii infracțiunilor⁵.

Curtea Penală Internațională, asemenea tribunalelor penale *ad-hoc*, a optat pentru un model de răspundere diferențiat, dar cu tratament sancționator unic, distingând între o conduită comisivă autonomă și una participativă, în funcție de rolul asumat de către fiecare participant la infracțiune.

În literatura de specialitate, formele de participație sunt clasificate ca fiind: autonome (autoratul, coautoratul) și accesorii (complicitatea, instigarea)⁶.

Referitor la formele de participație, într-o altă clasificare se face distincție între autorat ca formă de răspundere primară și alte forme de participație, ca forme de răspundere secundară sau derivată⁷. Răspunderea accesorie sau secundară este fundamentată pe teoria conform căreia o persoană poate fi responsabilă „pentru o infracțiune bazată pe interacțiunea sa cu alții: poate să incite, să ordone, să ajute sau să încurajeze pe alții să comită o infracțiune”⁸. Participanții la infracțiune se bazează pe autor pentru comiterea infracțiunii, dar răspunderea se răsfrânge atât asupra autorului, cât și asupra participanților la infracțiune.

Comiterea unei infracțiuni în calitate de autor presupune o participare directă sau fizică la realizarea elementelor obiective ale infracțiunii. În schimb, calitatea de participant la infracțiune, respectiv instigator sau complice, poate fi dobândită și prin participare indirectă, subiectivă la realizarea infracțiunii. Autorul comite fapta în mod direct, nemijlocit, în timp ce ceilalți participanți la infracțiune comit fapta în mod mijlocit, prin intermediul autorului infracțiunii. În fapt, răspunderea participantului la infracțiune „nu este fundamentată pe o răspundere obiectivă, ci pe principiul fundamental al concursului de cauze interdependente; în virtutea acestui principiu,

⁵ Art. 6 Carta Tribunalului militar de la Nürnberg: „*Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan*”.

⁶ Gerhard Werle, *Diritto dei crimini internazionali*, Bononia Universitaria Press, Bologna, 2009, p. 166.

⁷ Enrico Amati *et al.*, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 85.

⁸ Allison Marston Danner, Jenny S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, 93 California Law Review 75 (2005), vol. 93, p. 102.

toți participanții răspund penal, indiferent de contribuția directă sau indirectă la infracțiune, conform adagiului *causa causae est causa causati*⁹.

II.1. Autoratul/Autoratul mediat/Coautoratul

(perpetrator o commiter, indirect perpetrator, co-perpetrator)

Conform dispozițiilor art. 25 pct. 3 lit. a) din Statutul Curții Penale Internaționale, „o persoană răspunde penal și poate fi pedepsită pentru o crimă ce ține de competența Curții dacă comite acea crimă individual, împreună cu o altă persoană sau prin intermediul unei alte persoane, indiferent că această altă persoană este sau nu responsabilă penal”.

Autor este persoana care comite infracțiunea *as an individual*, fizic sau direct, în mod conștient și cu forma de vinovăție cerută de norma de incriminare. În același sens, Tribunalul Penal pentru fosta Iugoslavie arată că o persoană nu va putea răspunde penal decât în cazul în care se va stabili că aceasta „a contribuit personal și material la realizarea elementului material al infracțiunii sau că aceasta a omis intenționat să acționeze, aducând astfel atingere dreptului internațional umanitar”¹⁰. Comiterea personală și directă a infracțiunii nu exclude, însă, ajutorul oferit de alte persoane la comiterea infracțiunii. În consecință, participarea la comiterea unei infracțiuni poate fi individuală, împreună cu o altă persoană sau prin intermediul unei alte persoane.

Atât doctrina, cât și practica judiciară apreciază, fără rezerve, că orice faptă poate fi săvârșită în mod nemijlocit de către mai multe persoane.

În practica Curții Penale Internaționale condițiile coautoratului sunt, în general, cele ale participației penale din majoritatea statelor europene, cu unele nuanțări, după cum urmează:

- contribuția coautorului trebuie să fie una esențială¹¹, în sensul că acesta, asemenea autorului, a dispus de autoritatea de a se opune comiterii infracțiunii;
- contribuția este consecința unui acord încheiat cu alte persoane în vederea comiterii unei infracțiuni¹².

Astfel, în cauza Ahmad al Faqi al Mahdi, contribuția lui Ahmad al Faqial Mahdi a fost apreciată de către Curtea Penală Internațională ca fiind esențială, acesta fiind însărcinat cu punerea în executare a operațiunii de distrugere a 10 mausolee și

⁹ Conform manuscrisului Hotărârii, p. 6 în TPI, Camera de Apel (*Appeals Chamber*), Procuror c/ Duško Tadić, Cauza nr. IT-94-I-A, 15 iulie 1999, parag. 215, p. 99.

¹⁰ TPI, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber II*), Procuror c/Mitar Vasiljević, Cauza nr. IT-98-32-T, 29 noiembrie 2002, parag. 62, p. 25.

¹¹ CPI, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber VIII*), Procuror c/Ahmad al Faqi al Mahdi, Cauza nr. ICC-01/12-01/15, 27 septembrie 2016, parag. 53, p. 32.

¹² *Id.*, parag. 19, p. 11.

moschei din orașul Tombouchou, Republica Mali, 9 dintre ele fiind înscrise în patrimoniul UNESCO. Acesta, în calitate sa de șef al Heshab¹³, a fost cel care a stabilit ordinea în care edificiile au fost distruse, asigurând mijloacele logistice necesare, precum și cel care a justificat atacurile în fața presei.

Jurisprudența curților penale internaționale este unitară în a aprecia că participarea directă la infracțiune este sinonimă cu participarea activă. În cauza Lubanga, Curtea Penală Internațională apreciază că „a participa activ la ostilități nu înseamnă doar a participa direct la ostilități, ci și a participa activ la alte activități aflate în raport cu ostilitățile...”¹⁴.

Statutele tribunalelor penale *ad-hoc* permit sancționarea unei persoane care a comis o infracțiune în mod indirect prin planificare, instigare, ordonare sau sprijinire în planificarea, pregătirea sau executarea respectivei crime¹⁵. Răspunderea autorului mediat va fi angajată în cazul în care se va stabili o legătură între acesta și crima comisă. Comiterea infracțiunii nu se rezumă doar la comiterea directă sau fizică, ci include și alte acte ce pot fi asimilate actelor directe. În principiu, persoanele cu putere de decizie se folosesc de autorii principali ca de un instrument pentru a comite infracțiuni. Jurisprudența tribunalelor penale *ad-hoc* a calificat acțiunea celor care comit o infracțiune, prin intermediul unei alte persoane, în contextul existenței unui plan infracțional, ca fiind participare la *joint criminal enterprise*.

Răspunderea autorului direct sau indirect la infracțiune poate fi dedusă din circumstanțe precum natura sarcinilor, rolul în coordonarea planului infracțional, respectiv punerea în aplicare a planului infracțional.

11.1.1. Joint criminal enterprise în jurisprudența tribunalelor penale ad-hoc

Joint criminal enterprise nu era prevăzută explicit ca fiind o formă de răspundere în Statutele tribunalelor *ad-hoc*. Cu toate acestea, în practica tribunalelor *ad-hoc*, au fost pronunțate numeroase condamnări pentru participare în calitate de coautor la comiterea de infracțiuni internaționale¹⁶, infracțiuni obiectiv ale *criminal enterprise*. Judecătorii tribunalelor *ad-hoc* au interpretat dispozițiile articolelor care

¹³ Heshbah a fost una dintre cele patru instituții înființate după ocuparea orașului Tombouchou cu scopul de a preveni și a suprima tot ceea ce era perceput ca fiind un viciu vizibil”.

¹⁴ CPI, Camera de Prima Instanță (*Trial Chamber I*), Procuror c/ Thomas Lubanga Dyilo, Cauza nr. ICC-01/04-01/06, 14 martie 2012, paragraf. 622, p. 311.

¹⁵ Art. 6 din Statutul Tribunalului penal internațional pentru Ruanda.

Art. 7 din Statutul Tribunalului penal internațional pentru fosta Iugoslavie.

¹⁶ TPI, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber I*), Procuror c/Milan Babić, Cauza nr. IT-03-72-S, 29 iunie 2004, paragraf. 4, p. 3: „*The Indictment alleged that Babić, acting individually or in concert with other members of a joint criminal enterprise („JCE”) committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation, or execution of persecutions of the Croats and other non-Serb civilian populations in Krajina*”.

incriminau infracțiunile în sensul și spiritul Statutului, iar nu în sensul strict al noțiunii de complice sau instigator.

Cauza Duško Tadić constituie punctul de referință în ceea ce privește definirea noțiunii de *joint criminal enterprise*, precum și în ceea ce privește divizarea acestei asocieri în trei categorii. Duško Tadić a fost condamnat, printre altele, pentru uciderea a 5 civili bosniaci de religie musulmană, în urma atacului din data de 14 iunie 1992 din satul Jaskići. Acesta, în calitate de comandant al armatei sârbe, a condus atacul din regiunea Prijedor, respectiv din satele Sivci și Jaskići, ce avea ca scop separarea bărbaților de religie musulmană de femei și copii și deportarea acestora în lagărul Keraterm. În timpul atacului din satul Jaskići, 5 civili au fost uciși de către soldați aparținând comandamentului condus de Duško Tadić. Camera de Primă Instanță a dispus condamnarea lui Duško Tadić pentru uciderea celor 5 civili, hotărâre care a fost, de altfel, confirmată de către Camera de Apel, întrucât moartea celor 5 persoane a fost o consecință previzibilă și naturală a atacului, ca urmare a existenței unui plan politic de epurare a bosniacilor de religie musulmană, prin diverse infracțiuni, inclusiv omor. Prin prezența sa la locul comiterii faptei, acesta a contribuit în mod direct și semnificativ la realizarea planului infracțional al *joint criminal enterprise*.

Camera de Apel a indicat ca fiind posibile trei categorii de asocieri de tipul *joint criminal enterprise*¹⁷, distincție reluată apoi în toate hotărârile tribunalelor penale *ad-hoc*. O primă categorie (*basic form*), categoria elementară, vizează comiterea unei infracțiuni determinate. În cazul acestei categorii, toți participanții împărtășesc aceeași *mens rea*. Cea de a doua categorie (*systemic form*) presupune existența unei structuri infracționale organizate, respectiv prezența lagărelor de concentrare sau a celor de detenție, precum și intenția de a supune la rele tratamente persoanele deținute în astfel de lagăre. Categoria a treia (*extended form*) permite sancționarea unui membru al *criminal enterprise* pentru o infracțiune comisă prin intermediul altei persoane, în cazul în care infracțiunea comisă de către acesta din urmă, deși nu era inclusă în planul infracțional, este „o consecință naturală și previzibilă a scopului grupării”. Elementul moral în cazul celei de a treia categorii constă în intenția de a participa și de a contribui la activitatea infracțională a *criminal enterprise*.

Coautoratul se fundamentează pe o contribuție obiectivă, directă la comiterea infracțiunii, în timp ce în cazul existenței unei asocieri de tipul *criminal enterprise*, implicarea este de cele mai multe ori indirectă, subiectivă. Membrii grupului acționează singuri sau concertat în vederea planificării, pregătirii sau executării anumitor acte materiale, de natură a realiza *commun plan liability*, fapte care întrunesc elementele constitutive ale unor infracțiuni internaționale.

¹⁷ Pentru detalii privind cele trei categorii, a se vedea TPI, Camera de Apel (*Appeals Chamber*), Procuror c/ Duško Tadić, Cauza nr. IT-94-I-A, 15 iulie 1999, paragraf. 195 și urm. și TPI, Camera de Apel (*Appeals Chamber*), Procuror c/ Milomir Stakić, Cauza nr. IT-97-24-A, 22 martie 2006, paragraf. 65, p. 30.

Participarea activă la alte activități, altele decât cele directe, și care, teoretic, pot fi asimilate actelor de complicitate, în contextul apartenenței la *joint criminal enterprise*, trebuie interpretată diferit. Astfel, în cazul în care activitatea unei persoane se rezumă la ajutorul oferit la comiterea unui singure acțiuni, participarea acestuia va fi calificată ca fiind complicitate, indiferent dacă autorul este sau nu membru al *joint criminal enterprise*.

În practica majoritară a Tribunalului pentru fosta Iugoslavie, reluându-se motivarea instanței în cazul Tadić, se arată că „infracțiunile prevăzute în art. 2,3,4 sau 5 din Statut pot îmbrăca forma unei participări la realizarea unui plan sau a unui scop comun”¹⁸. Aceeași instanță, reluând motivarea instanței în cauza Ojdanić, arată că participarea la *joint criminal enterprise* trebuie interpretată ca fiind o formă de săvârșire nemijlocită a infracțiunii și nu de complicitate, atunci când participantul împărtășește scopul asocierii infracționale¹⁹. Pe de altă parte, participarea la *joint criminal enterprise* nu trebuie nici asimilată participării la o organizație criminală, întrucât asta ar însemna o nouă infracțiune, or aceasta nu este prevăzută în Statut.

Condițiile participării la *joint criminal enterprise* au fost elaborate tot de practica instanțelor *ad-hoc*, în lipsa unor referințe explicite în Statutele tribunalelor. Participarea la *joint criminal enterprise* se poate materializa în acțiuni precum: comiterea infracțiunii, ajutorul acordat autorului (coautorului) sau prin aducerea în mod conștient și deliberat a unei contribuții la *joint criminal enterprise*, prin prisma funcției și a puterii deținute²⁰. În acest caz, răspunderea este comună, „indiferent ce formă va îmbrăca participarea lor la infracțiune”²¹. În ceea ce privește răspunderea celor cu funcții de decizie, nu se impune dovada intenției, caci „autoritatea pe care o exercita constituie în sine o indicație a faptului că aveau cunoștință de planul comun și că aveau intenția să contribuie la realizarea lui”²². Calificarea faptei ca fiind coautorat presupune acordarea de ajutor material sau moral unui grup de persoane, membre ale *joint criminal enterprise*, împărtășind totodată planul infracțional al grupării. *Mens rea* este, așadar, elementul care diferențiază între comitere directă și alte forme de participație²³.

¹⁸ TPI, Camera de Apel (*Appeals Chamber*), Procuror c/ Duško Tadić, Cauza nr. IT-94-I-A, 15 iulie 1999, parag 188, p. 83. TPI, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber II*), Procuror c/Milomir Stakić, Cauza IT-97-24-T, 31 iulie 2003, parag. 432, p. 161.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ TPI, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber II*), Procuror c/ Mitar Vasiljević, Cauza nr. IT-98-32-T, 29 noiembrie 2002, parag. 67, p. 27.

²¹ *Ibid.*

²² TPI, Camera de Apel (*Appeals Chamber*), Procuror c/ Duško Tadić, Cauza nr. IT-94-I-A, 15 iulie 1999, parag. 203, p. 92.

²³ TPI, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber II*), Procuror c/ Fatmir Limaj Haradin Bala Isak Musliu, Cauza nr. IT-03-66-T, 30 noiembrie 2005, parag. 510, p. 200.

11.1.2. *Joint control over the crime*

Statutul Curții Penale Internaționale, spre deosebire de Statutele tribunalelor penale *ad-hoc*, reglementează expres răspunderea unei persoane care comite o infracțiune *jointly with another* sau *through another person*. Conform art. 25 pct. 3 lit. a) din Statutul Curții, o persoană va răspunde penal în cazul în care va comite o faptă împreună cu o altă persoană sau prin intermediul unei alte persoane, chiar dacă acea persoană nu răspunde penal.

Judecătorii Curții Penale Internaționale au abandonat practica tribunalelor penale *ad-hoc* de sancționare a autorilor morali în calitate de coautori la *joint criminal enterprise*, în favoarea unei noi forme de coautorat, respectiv *joint control over the crime*.

Judecătorii Curții Penale Internaționale au interpretat dispozițiile art. 25 pct. 3 lit. a) din Statutul de la Roma ca un model de coautorat bazat pe conceptul de *joint control over the crime*²⁴. Această formă de răspundere este fundamentată pe teoria controlului exercitat asupra modului de comitere a crimei de către autorul moral. Interpretând astfel, comiterea infracțiunilor „este asociată conceptului de *control over the crime*, inclusiv control asupra unei structuri organizatorice, caz în care *indirect perpetration* interacționează cu *co-perpetration*, cele două forme de participare completându-se reciproc”²⁵. În această ipoteză, autorul fizic va răspunde în calitate de autor principal al infracțiunii, iar autorul indirect va răspunde în calitate de autor moral, întrucât acesta a controlat voința autorului direct.

În jurisprudența Curții Penale Internaționale se arată faptul că este esențial ca autoritatea manifestată de către superior să fie expresă, sens în care autorii morali trebuie să-și instruiască subordonații, să le impună o anumită conduită sau să le furnizeze mijloace în vederea comiterii infracțiunii. În cauza Katanga și Ngudjolo Chui, Curtea Penală Internațională a apreciat că în cazul în care o persoană nu exercită niciun control asupra persoanei care comite fizic infracțiunea, acesta nu poate răspunde penal. Cu toate acestea, în cazul în care acesta acționează împreună cu o altă persoană, care la rândul său exercită o influență asupra autorului fizic, răspunderea acestuia va fi atrasă conform „regulii atribuirii mutuale”²⁶. Aceeași instanță își motivează decizia prin faptul că organizațiile conduse de Germain Katanga și Mathieu Ngudjolo Chui, având în vedere loialitatea lor etnică, nu acceptau ordine decât de la superiorii etnici.

²⁴ TPI, Camera preliminară (*Pre-Trial Chamber I*), Procuror c/ Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Cauza nr. ICC-01/04-01/07, 30 septembrie 2008, parag. 490 și urm.

²⁵ Hector Olasolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, p. 3-4 *apud* Stefano Manacorda, Chantal Meloni, *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, 9 *Journal of International Criminal Justice* 159(2011), p. 163.

²⁶ CPI, Camera preliminară (*Pre-Trial Chamber I*), Procuror/c/ Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Cauza nr. ICC-01/04-01/07, 30 septembrie 2008, parag. 493, p. 178.

Persoana care a comis fapta în mod indirect trebuie să fi acționat cu intenție directă, care poate fi dedusă, în concret, din împrejurări precum cunoașterea autorității de care se bucură în cadrul organizației din care face parte, respectiv asupra subordonaților săi.

11.1.3. Contribuția la comiterea unei crime de către un grup de persoane

Conform art. 25 pct. 3 lit. d), o persoană răspunde penal și poate fi pedepsită pentru o crimă ce ține de competența Curții în cazul în care „*contribuie în orice alt mod la comiterea sau la tentativa de comitere a unei asemenea crime de către un grup de persoane acționând împreună. Această contribuție trebuie să fie intenționată și, după caz:*

(i) să urmărească facilitarea activității criminale sau proiectului criminal al grupului, dacă această activitate sau acest proiect comportă executarea unei crime ce ține de competența Curții; sau

(ii) să fie făcută în deplină cunoștință a intenției grupului de a comite această crimă”.

Curtea Penală Internațională incriminează ajutorul oferit unui grup de persoane acționând împreună. Grupul de persoane se impune a avea un proiect criminal ce vizează comiterea de crime ce intră în competența Curții. Ajutorul oferit unui membru al grupării trebuie acordat conform art. 25 pct. 3 lit. d (ii), respectiv „*în deplină cunoștință a intenției grupului de a comite această crimă”.*

În lipsa unor referințe clare cu privire la consistența grupului de persoane sau a unei asocieri cu termenul de *joint criminal enterprise*, jurisprudența Curții Penale Internaționale, în cauza Katanga și Ngudjolo Chui, apreciază, raportat la răspunderea autorului moral, că se impune existența „unui aparat de putere organizat și ierarhizat, un mecanism care permite liderilor să se asigure de executarea automată a ordinilor lor”²⁷. Din formularea textului de lege, precum și din interpretarea jurisprudențială a textului de lege, apreciem că este vorba de o grupare infracțională structurată, ierarhizată și stabilă, atâta timp cât planul infracțional al grupării vizează comiterea de crime internaționale. Spre exemplu, Germain Katanga era comandant în cadrul FRPI. FRPI era o organizație militară organizată în sectoare, batalioane și companii. În această calitate, Germain Katanga a ucis 12 soldați pentru comportamentul lor și a pedepsit un alt soldat pentru comiterea unui viol. Este adevărat că textul de lege nu reclamă o organizație militară sau politică, dar practica confirmă această ipoteză prin prisma grupărilor ai căror lideri au fost judecați pentru crime internaționale.

²⁷ TPI, Camera preliminară (*Pre-Trial Chamber I*), Procuror/ Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Cauza nr. ICC-01/04-01/07, 30 septembrie 2008, parag. 515, p. 187.

II.2. *Instigarea (ordering, soliciting and inducing)*

Conform art. 25 pct. 3 lit. b) din Statutul Curții Penale Internaționale, „o persoană răspunde penal și poate fi pedepsită pentru o crimă ce ține de competența Curții dacă ordonă, solicită sau încurajează comiterea unei asemenea crime, atunci când există comitere sau tentativă de comitere a acestei crime”.

Remarcăm faptul că, deși fapta de a ordona, a solicita sau încuraja o altă persoană, cu intenție, să săvârșească o infracțiune, se circumscrie noțiunii de instigare, acest termen nu este folosit în Statutul Curții Penale Internaționale. Referințe la acest concept regăsim, însă, în jurisprudența Curții Penale Internaționale, dar și în toate Statutele tribunalelor penale *ad-hoc* și, implicit, în jurisprudența acestora.

Instigarea constă în acțiunea de a determina, de a provoca o altă persoană să comită o infracțiune. Comiterea acțiunii este consecința influenței instigatorului. Răspunderea instigatorului poate fi atrasă și în situația în care instigatorul nu exercită nicio formă de autoritate asupra autorului crimei²⁸, însă influența acestuia este determinantă. Provocarea nu trebuie să aibă un caracter direct și public.

În jurisprudența Curții Penale Internaționale se arată faptul că acțiunile de a solicita sau de a provoca se circumscriu aceleiași situații factuale, respectiv determinarea comiterii unei infracțiuni²⁹. Aceeași instanță arată faptul că singura diferență între acțiunea de a ordona și cea de a solicita sau a provoca constă în cerința unei poziții de autoritate deținută de cel care ordonă și de subordonare a autorului infracțiunii.

În literatura de specialitate străină³⁰, acțiunea de a ordona este inclusă în categoria „forme de participare morală la infracțiune”, alături de instigare, respectiv complicitate morală. În categoria instigării sunt incluse doar acțiunea de a determina și de a provoca.

Ordonarea a fost prevăzută ca fiind o categorie de sine stătătoare, nefiind asimilată nici instigării, nici autoratului, în ideea că are o forță superioară instigării din moment ce nu pare a lăsa loc unui refuz din partea executantului, dar nici nu poate fi considerat un act nemijlocit de executare, ci, mai degrabă, cel care ordonă folosește executantul ca o unealtă.

Acțiunea de a ordona este atributul unei persoane aflate în poziție de superioritate ierarhică, poziție ce îi permite să determine o altă persoană să comită o infracțiune. Poziția de superioritate *de jure* sau *de facto* îi permite un control asupra subordonaților. În cazul conducerii *de jure*, controlul efectiv asupra subordonaților

²⁸ TPI, Camera de Primă Instanță (*Trial chamber II*), Procuror c/Vujadin Popović *et al.*, Cauza nr. IT-05-88-5, 10 iunie 2010, parag. 1008, p. 481.

²⁹ CPI, Camera preliminară (*Pre-Trial Chamber I*), Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, Cauza nr. ICC-02/11-02/11 73/90, 11 decembrie 2014, parag. 159, p. 73.

³⁰ Matteo Costi, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, în *Introduzione al diritto penale internazionale*, Enrico Amati *et al.* (coord.), Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 107.

se prezumă, însă prezumția poate fi răsturnată în prezența dovezii lipsei unei autorități reale asupra subordonaților. Autoritatea reală asupra subordonaților este criteriul definitoriu în stabilirea răspunderii superiorului ierarhic pentru faptele comise de subordonații săi. Cel care deține o poziție de superioritate se impune a avea un ascendent asupra subordonaților și un control efectiv asupra acestora, datorită autorității de care dispune.

În prima hotărâre pronunțată de Curtea Penală Internațională în cauza privindu-l pe fostul lider al miliției din Republica Democrată Congo, Thomas Lubanga, referitor la participație, se arată că „răspunderea penală nu este doar a celor care execută fizic elementele obiective ale infracțiunii, dar și a acelor care, în ciuda distanței care îi separa de locul crimei, controlează sau dirijează comiterea infracțiunii, pentru că ei decid dacă și când infracțiunea va fi comisă”³¹.

În practica tribunalelor *ad-hoc* s-a apreciat că toate formele de răspundere penală pot fi dovedite atât cu probe directe, cât și cu probe indirecte. În acest sens, acțiunea de a ordona poate fi dedusă din diverse circumstanțe, precum: „numărul actelor ilegale, numărul și categoria soldaților participanți, identitatea lor, modul lor de organizare, rapiditatea acțiunilor, *modus operandi*, categoria ofițerilor și a personalului auxiliar implicat, locul în care s-a aflat superiorul ierarhic în momentul comiterii crimelor, cunoașterea de către superior a actelor criminale comise de către subordonați etc.”³².

11.2.1. Incitarea directă și publică (direct and public incitement)

Conform art. 25 pct. 3 lit. e) din Statutul Curții Penale Internaționale, „o persoană răspunde penal și poate fi pedepsită pentru o crimă ce ține de competența Curții dacă, fiind vorba de crima de genocid, incită direct și public pe altul să o comită”.

Incitarea directă și publică este reglementată în Statutul Curții Penale Internaționale ca formă de participație specifică infracțiunii de genocid, în timp ce în cuprinsul Statutelor Tribunalului penal *ad-hoc* pentru fosta Iugoslavie și Ruanda aceasta este prevăzută ca infracțiune de sine stătătoare. Statutele tribunalelor penale *ad-hoc* reiau în cuprinsul lor dispozițiile Convenției privind reprimarea genocidului și incriminează ca modalități alternative distincte genocidul, înțelegerea în vederea comiterii infracțiunii de genocid, incitarea și complicitatea la infracțiunea de genocid. În consecință, din perspectiva tribunalelor penale *ad-hoc*, în cazul infracțiunii de

³¹ CPI, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber I*), Procuror c/ Thomas Lubanga Dyilo, Cauza nr. ICC-01/04-01/06, 14 martie 2012, parag. 1003, p. 475.

³² TPI, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber I*), Procuror c/ Stanislav Galić, Cauza nr. IT-98-29-T, 5 decembrie 2003, parag. 171, p. 76: „Nu este necesar ca ordinul să îmbrace o formă particulară”.

genocid, dihotomia formelor de răspundere este exclusă. Avantajul acestei incriminări distincte constă în faptul că răspunderea poate fi atrasă și în lipsa dovezii unei legături de cauzalitate între incitare și comiterea infracțiunii de genocid propriu-zise.

Reglementarea din Statutul Curții Penale Internaționale, conform căreia incitarea publică la genocid neurmată de executare nu se sancționează, poate fi percepută ca un regres raportat la reglementările anterioare, precum și raportat la gravitatea crimei.

Remarcăm faptul că incitarea directă și publică, ca formă de participație, este expres prevăzută în Statutul Curții Penale Internaționale doar cu referire la crima de genocid, în timp ce celelalte forme de participație sunt prevăzute pentru toate infracțiunile. Diferența dintre cele două forme de instigare este nuanțată și terminologic, instigarea propriu-zisă fiind definită prin termenul de *inducing*, în timp ce pentru instigare publică, respectiv incitare, a fost folosit termenul de *incitement*. *În cazul în care incitarea este privată și va îndeplini și celelalte condiții ale instigării, aceasta se va circumscrie noțiunii de instigare. Incitarea trebuie să se materializeze într-o conduită de provocare activă, publică, dar și substanțială.*

În practica tribunalelor penale ad-hoc, s-a apreciat ca fiind publică incitarea la comiterea infracțiunii de genocid prin mijloace precum discursuri publice, radio, televiziune, presă, publicitate etc. Transmiterea de mesaje directe de incitare la ură și de uciderea populației de etnie Tutsi a fost sancționată de către Tribunalul penal pentru Ruanda ca fiind incitare la comiterea infracțiunii de genocid, în lipsa unei legături cauzale directe între transmiterea mesajului și decizia comiterii infracțiunii de genocid. Jean Kambanda a fost judecat printre altele și pentru incitare la comiterea infracțiunii de genocid, întrucât acesta, în calitatea sa de prim-ministru, a fost invitat de mai multe ori la postul de Radio-Televiziune Mille Collines, unde a transmis mesaje de incitare³³ la masacrarea populației de etnie Tutsi și de felicitare pentru cei care au făcut-o deja, radioul fiind, în opinia sa, „o armă indispensabilă pentru a combate inamicul”. Printre persoanele condamnate de Tribunalul penal internațional pentru Ruanda pentru infracțiunea de incitare la genocid se află și Georges Ruggiu, cetățean belgian, care la momentul conflictului ocupa postul de prezentator radio la un post de radio renumit (Radio Television des Mille Collines), iar în timpul emisiunilor sale acesta a transmis mesaje directe de incitare la ură și la uciderea populației de etnie Tutsi. Alături de Georges Ruggiu, același Tribunal l-a mai condamnat pentru incitare directă și publică, prin mijloace mass-media, pe

³³ TPR, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber*), Procuror c/ Jean Kambanda, Cauza ICTR-97-23-S, 4 septembrie 1998, parag. 39, lit. X, p. 21: Unul dintre mesajele transmise de către acesta și care a fost reluat apoi și de alte posturi de radio și televiziune a fost „*you refuse to give your blood to your country and the dogs drink it for nothing*”.

cântărețul ruandez Simon Bikindi, cel care a compus și a cântat o piesă la diverse emisiuni radio și de televiziune, cântec ce avea ca mesaj exterminarea populației de etnie Tutsi.

Incitarea este directă atâta timp cât mesajul transmis publicului este unul explicit și consistent, și nu sugestiv, indirect ori ambiguu. Caracterul direct al mesajului complineste caracterul public și poate fi dedus din circumstanța transmiterii, forma de redare a acestuia, precum și din mijlocul folosit pentru transmitere. Mesajul direct nu se impune a îmbrăca doar forma unui discurs în fața unei mulțimi special adunate în acest sens, acesta putând fi cuprins în pancarte, afișe sau orice alt mod de comunicare audiovizuală.

II.3. Ajutorul, concursul sau orice altă formă de asistență la comiterea ori la tentativa de comitere a crimei (aiding, abetting)

Conform art. 25 pct. 3 lit. c) „o persoană răspunde penal și poate fi pedepsită pentru o crimă ce ține de competența Curții dacă, în vederea facilitării comiterii unei astfel de crime, ea își aduce ajutorul, concursul sau orice altă formă de asistență la comiterea ori la tentativa de comitere a acestei crime, inclusiv furnizând mijloacele acestei comiteri”.

Complicitatea, în Statutul Curții Penale Internaționale, este o formă a participăției penale ce constă în fapta unei persoane care, cu intenție, își aduce ajutorul, concursul sau orice altă formă de asistență la comiterea ori la tentativa de comitere a unei crime internaționale, inclusiv furnizând mijloacele necesare acestei comiteri.

În ceea ce privește cele două forme de ajutor la comiterea infracțiunii (*aiding, abetting*), în ciuda opiniilor conform cărora acestea sunt sinonime, jurisprudența le diferențiază ca fiind forme distincte de ajutor, respectiv ajutor material și moral³⁴. Fiind forme diferite de ajutor, acestea pot atrage distinct răspunderea penală.

În categoria alte forme de asistență la comiterea infracțiunii, jurisprudența relevă ca fiind posibilă, în cazul infracțiunii de genocid, și complicitatea prin instigare, în cazul unei persoane, care, „fără a participa direct la comiterea infracțiunii de genocid, influențează comiterea infracțiunii prin cadouri, daruri, promisiuni, amenințări, abuz de autoritate sau de putere, mașinațiuni sau artificii...”³⁵,

Complicele trebuie să ajute, în mod conștient, material sau verbal, la realizarea elementului material al infracțiunii. Ajutorul trebuie să fie substanțial, respectiv să aibă o contribuție covârșitoare la comiterea infracțiunii. În jurisprudența Curții

³⁴ TPR, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber*), Procuror c/ Jean –Paul Akayesu, Cauza nr. ICTR-96-4-T, 2 septembrie 1998, parag. 484, p. 199: „*Aiding means giving assistance to someone. Abetting, on the other hand, would involve facilitating the commission of an act by being sympathetic there to*”.

³⁵ *Id.*, p. 217.

Penale Internaționale se subliniază faptul că răspunderea autorului principal al infracțiunii reclamă pe plan obiectiv o contribuție mai importantă ca cea a complicelui. Asta nu înseamnă că ajutorul oferit de complice poate fi lipsit de însemnătate. Din contră, contribuția complicelui la comiterea infracțiunii trebuie să fie importantă, în timp ce cea a autorului trebuie să fie esențială³⁶.

În acest sens, în practica Tribunalului pentru fosta Iugoslavie, s-a arătat faptul că „nu este necesar ca ajutorul să fie la originea acțiunii autorului principal, dar acesta trebuie să aibă un efect important asupra comiterii actului criminal de către autorul principal”³⁷.

Jurisprudența a fost cea care a concluzionat faptul că se poate reține în sarcina unei persoane complicitatea la infracțiune chiar și în situația în care autorul infracțiunii nu a avut cunoștință de ajutorul material sau moral al complicelui³⁸. La această concluzie s-a ajuns prin prisma interpretării gradului de contribuție a complicelui, aceasta nefiind o condiție *sine qua non*, nefiind, de asemenea, necesară dovedirea unei legături de cauzalitate directă între contribuția complicelui și rezultatul infracțiunii, dar, cu toate acestea, contribuția complicelui nu poate fi nesemnificativă.

Importanța ajutorului complicelui a devenit, de altfel, un prag, astfel încât nu orice contribuție poate atrage răspunderea penală. În acest sens, practica este unitară în a aprecia că simpla prezență la locul crimei nu îndeplinește standardul contribuției semnificative pentru a fi complicitate la comiterea infracțiunii, în lipsa dovezii efectului pe care l-a avut acea prezență asupra autorului infracțiunii.

În cazul infracțiunii de genocid, având în vedere faptul că această infracțiune se deosebește de celelalte crime internaționale prin *dolus specialis*, respectiv intenția de a distruge un grup național, etnic, rasial sau religios, jurisprudența majoritară apreciază, în cazul complicelui, că acesta nu trebuie să fie animat de intenția de genocid asemenea autorului, ci este suficient ca acesta să cunoască intenția de genocid a autorului³⁹.

Aceeași instanță apreciază că persoana care ajută material sau verbal la comiterea infracțiunii nu se impune a cunoaște autorul infracțiunii, cum, de altfel, nici autorul infracțiunii nu trebuie să aibă cunoștință de ajutorul moral sau material al complicelui. Lipsa intenției specifice, având în vedere și prevederile Convenției privind reprimarea genocidului, care includ *dolus specialis* printre elementele

³⁶ CPI, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber I*), Procuror c/ Thomas Lubanga Dyilo, Cauza nr. ICC-01/04-01/06, 14 martie 2012, parag. 997, p. 472.

³⁷ TIP, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber II*), Procuror c/ Mitar Vasiljević, Cauza nr. IT-98-32-T, 29 noiembrie 2002, parag. 70, p. 27-28.

³⁸ TIP, Camera de Apel (*Appeals Chamber*), Procuror c/ Radoslav Brdanin, Cauza nr. IT-99-36-A, 3 aprilie 2007, parag. 349, p. 122.

³⁹ TPI, Camera de Primă Instanță (*Trial chamber II*), Procuror c/Vujadin Popović *et al.*, Cauza nr. IT-05-88-5, 10 iunie 2010, parag. 1016, p. 483.

constitutive ale crimei de genocid, poate califica o faptă ca fiind crimă împotriva umanității⁴⁰.

III. Concluzii

În jurisprudența, relativ săracă, a Curții Penale Internaționale s-a demonstrat necesitatea de a aplica și interpreta dispozițiile Statutului, atunci când acesta oferă o soluție juridică, și nu de a transpune mecanic soluțiile jurisprudențiale ale tribunalelor *ad-hoc*. În acest sens, s-a renunțat, aparent definitiv, la termenul de *joint criminal enterprise* în favoarea unei noi forme de coautorat, respectiv *joint control over the crime*. *Joint criminal enterprise* a fost analizată ca fiind o formă de răspundere subiectivă, atâta timp cât autorul moral nu a participat material la comiterea infracțiunii. Modelul propus de către Curtea Penală Internațională este unul obiectiv, atâta timp cât contribuția coautorului se impune a fi esențială și poate interveni, „atât în faza de executare, cât și în faza de pregătire a infracțiunii”⁴¹. Inițiativa Curții Penale Internaționale pare a fi salutară, în contextul în care Tribunalul penal pentru fosta Iugoslavie a dezvoltat, referitor la conceptul de *joint criminal enterprise*, o practică judiciară bogată, practică reiterată și de către Tribunalul penal internațional pentru Ruanda, chiar și de Tribunalul Special pentru Sierra Leone, în cauza Charles Taylor⁴², ca mai apoi, același Tribunal, să renunțe definitiv la acesta, în favoarea termenului clasic de *co-perpetration*.

Statutul Curții Penale Internaționale diferențiază, de asemenea, între participarea unei persoane la infracțiune *jointly with another* sau *through another person* și contribuția unui *extraneus* la comiterea unei crime de către un grup de persoane.

⁴⁰ Alex Obote-Odora, *Complicity in genocide as understood through the ICTR experience*, 22 International Criminal Law Review, 375 (2002), p. 385.

⁴¹ Enrico Amati *et al.*, *op. cit.*, nota 6, p. 102.

⁴² TSSL, Camera de Primă Instanță (*Trial Chamber II*), Procuror c/ Charles Ghankay Taylor, Cauza nr. SCSL-03-01-T-1285, 30 mai 2012.

În principiu, m-am referit la varianta franceză a hotărârilor tribunalelor penale internaționale, cu excepția cazului în care am indicat altfel în nota de subsol.

PROBLEMA POSESIEI ÎN CONTEXTUL INVENTARIERII BUNURILOR IMOBILE DE CĂTRE AUTORITĂȚILE PUBLICE LOCALE

Marian RUSSO

PhD student of the „University of European Studies of Moldova”, Assistant professor at „Petre Andrei” University of Iasi, Legal adviser at „RUSSO, EDUARD IOANID & ASOCIATII”.

Corresponding author: Marian RUSSO, jurist.russo@yahoo.ro

Leonid CHIRTOACĂ

*Doctor in law, associate professor at „University of European Studies of Moldova”, Research at Institute of Legal and Political Research of the Moldovan Academy of Sciences, Lawyer of the Chisinau Bar.
Corresponding author: Leonid CHIRTOACĂ, leonid.chirtoaca@gmail.com*

Rezumat

Adoptarea de către organele deliberative ale unităților administrativ teritoriale a unor hotărâri prin care este realizată atestarea apartenenței, la domeniul privat al U.A.T. a unor bunuri imobile, ca urmare a necesității inventarierii lor ca fiind proprietatea U.A.T., în condițiile existenței unei posesii utile, publice, nechivoce și sub nume de proprietar exercitată de către un privat, determină întrebări legitime și discuții de substanță în jurul încălcării art. 1 din Protocolul 1 la C.E.D.O. și a fizionomiei juridice a ocrotirii posesiei prin normele de drept.

Cuvinte-cheie: posesie, proprietate, abuz, legitimitate

The problem of the possession in the context of an immovable property stocktaking/inventory count by the (public) local authorities

Abstract

The adoption, by the administrative territorial units deliberative bodies, of some decisions through which it is realized the attestation of belonging to the administrative territorial units private domain of some real estates, as a result of the

need to invent them as being hold by the administrative teritorial units, under the circumstances of the existence of a relevant, public, unequivocal and under ownership possession, exercised by a private contractor, is causing legitimate questions and substantial debates around the breach/ the violation of rule/article number 1 from CEDO's first Protocol and around the juridical physiognomy of the protection of possession through legal norms.

Keywords: possession, property, abuse, legitimacy

Specificul contemporan al politicii administrative existente la nivelul anumitor unități administrativ teritoriale, bazat pe o cultură juridică diluată și superficială, relevă situații paradoxale aflate la granița dintre nelegalitate și absurd.

Dreptul ar trebui să reprezinte fundamentul activității administrative, situată permanent la interdependență dintre doctrină și jurisprudență, activitate care ar trebuie să se situeze la un nivel calitativ atât de înalt încât să fie aptă să genereze curente doctrinare novatorii, reglementate ulterior în norme apropiate de realitățile și interesele social-economice actuale.

Astfel, în lumina Noului Cod civil, a Legii nr. 7/1996, cu a sa transpunere reflectată în Ordinul nr. 700/2014, posesia beneficiază de o recunoaștere normativă similară dreptului de proprietate, recunoaștere determinată de realitățile sociale curente reieșite din evidențele cadastrale care releva existența unui număr considerabil de imobile aflate în stăpânirea, de bună sau de rea-credință, a unor persoane, altele decât proprietarii înscriși în registrele publice, respectiv a unor diferențe cantitative *de facto* pozitive față de cele cuprinse în actele de proprietate ale deținătorului, perspectivă care comportă în practică administrativă două abordări: actualizarea și modificarea suprafeței bunului imobil înscris în evidențele publice cadastrale prin accesarea diverselor căi judiciare, pe de o parte, respectiv preocuparea ferventă a autorităților locale în direcția inventarierii sau a atestării bunului imobil ca fiind în patrimoniul privat al U.A.T., cu ignorarea însă a faptului posesiei exercitate de un privat.

În contextul prezumției de legalitate de care se bucură actele emise de către entitățile investite cu putere de stat, dar și a rapidității și discreției cu care sunt inițiate și finalizate diverse proceduri de însușire a unor bunuri imobile la umbra aparenței apartinerii istorice la domeniul privat al comunei, orașului, municipiului sau județului, dar și a preocupării restrânse a Instituției Prefectului în a-si exercita efectiv competența controlului de legalitate asupra hotărârilor adoptate de deliberativele locale, în virtutea prerogativei recunoscute de legiuitor sub denumirea de „tutelă administrativă”, potrivit cu dispozițiile art. 115 alin. (7) din Legea nr. 215/2001, republicată, cu modificările și completările ulterioare, a art. 19 alin. (1) lit. e) din Legea

nr. 340/2004 republicată, cu modificările și completările ulterioare, dar și ale art. 3 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, norme care transpun în plan național reglementările cuprinse în art. 8 pct. 2 teză 1 din Carta europeană a autonomiei locale¹, regăsim în circuitul civil hotărâri adoptate de consiliile locale care încalcă flagrant principiile referitoare la legitimitatea posesiei și protecția sa juridică.

Literatura de specialitate abundă de argumente în sensul că dreptul protejează implicit și posesia nelegitimă în raport de terții neproprietari, ca expresie a garanției securității sociale, „nefiind permis nimănui să invoce faptul că există dubii cu privire la legalitatea posesiei celui *deposedat* (n.n.)”².

Pentru a accepta unanim existența în practica administrativ-jurisdicțională a unei cazuistici preponderent majoritare de însușire a unor bunuri aflate în posesia efectivă, publică, utilă și neechivocă a unor privați, ca fiind parte a domeniului privat a unității administrativ-teritoriale în cauza, înțelegem a aborda și trata subiectul de la o situație concretă există la nivelul UAT Municipiul Iași.

În concret, prin Hotărârea Consiliului Local al Municipiului Iași nr. 10 din 28.01.2014, prin Anexa nr. 3, se procedează la atestarea apartenenței la domeniul public a suprafeței de 192 mp. teren, situat în mun. Iași, stradă Malu, nr. 11, Tarlaua 32, parcelă AG1104, respectiv suprafața de 354 mp. situată în parcelă CAT 1073/4³.

În adoptarea hotărârii sunt invocate dispozițiile art. 115, alin. 1, lit. b din Legea nr. 215/2001, dar și, în mod generic, cele ale Legii nr. 7/1996, ale Legii nr. 213/1998, coroborate cu dispozițiile Legii nr. 24/2000.

Fără a mai reda conținutul normelor indicate, amintim că nici una dintre acestea nu antamează și nu justifică vreunul din modurile specifice în care s-a născut și dobândit proprietatea de stat⁴, fiind străine de cadrul normativ incident, respectiv art. 4 din Legea nr. 213/1998, art. 121 din Legea nr. 215/2001 și art. 6 din Legea nr. 18/1991.

Este evidentă intenția subiectivă aflată în demersurile astfel inițiate, respectiv eliminarea posibilității posesorului de a beneficia de dobândirea dreptului de proprietate privată asupra bunului stăpânit în virtutea dispozițiilor Legii nr. 7/1996, ale art. 1890 Cod civil 1864, ale art. 930 sau art. 931 Noul Cod civil, plasticizând conținutul sinuos al esenței normative privitoare la inventarierea bunurilor care au aparținut statului sau localității, dar care din varii motive nu se regăsesc în inventarul

¹ - ratificată de România prin Legea nr. 199/1997 - <http://legislatie.resurse-pentru-democratie.org/legea/199-1997.php> - site accesat la 03.10.2017, ora 00:32.

² Monica Burzea, *Protecția penală a posesiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 198.

³ [http://92.87.29.200/ADP/hotarari.nsf/all/DC4C5F7B73868245C2257C85002AB5B2/\\$File/Hot%2010%2028%2001%2014.pdf?OpenElement](http://92.87.29.200/ADP/hotarari.nsf/all/DC4C5F7B73868245C2257C85002AB5B2/$File/Hot%2010%2028%2001%2014.pdf?OpenElement) - site al Consiliului Local Iași accesat la 03.10.2017, ora 00:57.

⁴ Acad. Ion Filipescu, *Dreptul civil. Dreptul de proprietate și ale drepturi reale*, Ed. Actami, București, 1998, p. 102. Iosif Robi Urs, Petruța Elena Ispas, *Drept civil. Teoria drepturilor reale*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 47.

consolidat, inclusiv în condițiunile art. 35 și 36, alin. 1 din Legea nr. 18/1991, prin transformarea dreptului de folosință în drept de proprietate⁵ față de toate acele terenuri naționalizate, expropriate, aparținând defuncților în raport de care au fost constatate succesiuni vacante, preluate pentru neplata impozitelor în perioada socialistă sau rămase după lichidarea persoanelor juridice ori în temeiul Lg 4/1973, Lg. 59/1974 sau Decretului nr. 223/1974.

Pledând pentru respectarea posesiei și a efectelor sale juridice, în litera și spiritul reglementărilor legale, arătăm că în speța demonstrativă tratată s-a procedat la adoptarea actului administrativ sus amintit, de către Consiliul Local al Municipiului Iași, cu toate că, imobilul – teren s-a aflat în stăpânirea publică și neclandestină a doamnei H.A.I., parcelă constituind corp comun îngrădit cu nr. cadastral 150523, cu mențiunea că, posesia a fost dobândită de la autorii acesteia S. Iuliana și Iulian, prin actul autentic de vânzare-cumpărare, cumpărătorea a dobândit posesia, în mod expres, prin actul translativ denumit Contract de vânzare-cumpărare autentificat sub nr. 3490 din 2007 de către BNP B.A. L.

În susținerea caracterului public al posesiei exercitate arătăm că a fost cunoscută incidența efectului mecanismului joncțiunii de posesii, dat fiind că, bunul imobil astfel identificat a fost stăpânit de către autorii numitei H.A.I. de o perioadă de timp de peste 30 de ani, în mod continuu, pașnic, netulburat și sub nume de proprietar, așa cum a rezultat din însăși din conținutul Registrului posesorilor aflat în evidența Serviciului GIS-Cadastru a Municipiului Iași, implicit a Contractului de vânzare cumpărare nr. 1621/2013-BNPA M., unde s-a consemnat în alin. 2 ca, „*eu H.A.I. înțeleg că mi se predă de către soții S.IULIAN și S. IULIANA și dreptul de folosință asupra următoarelor suprafețe de teren: suprafața de 35.27 mp, amplasată în parcela 3 (1073/2) CC, suprafața de 192.42 mp. amplasată în parcela 4(1073/2)- A și suprafața de 241,69 mp amplasată în parcela 5(1104)-A, precum și cota de 2/3, reprezentând 59,69 mp din suprafața totală de 89.54 mp., amplasată în parcelă 2(1090/) CC.*”

Cu toate că aceste mențiuni s-au regăsit în mapa cărții funciare aferentă imobilului supus tranzacției, implicit și a parcelelor stăpânite în calitate de posesor de către numită H.A.I., iar posesoarea a realizat demersuri chiar în raport de Consiliul Local al Municipiului Iași pentru notarea posesiei, potrivit oportunității create de legiuitor și în spiritul dispozițiilor novatorii aduse prin adoptarea noului Cod civil și Cod de procedură civilă, sens în care a obținut documentul solicitat în prezent de dispozițiile art. 126, alin. 1, lit. a), alin. 2 din ODG nr. 700/2014-Procesul Verbal de vecinătate, înscris care a fost emis de către Primăria Municipiului Iași și certificată exercitarea posesiei exclusive și publice asupra bunului imobil-teren.

⁵ Viorel Terzea, *Legile fondului funciar. Comentarii și explicații*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 286.

Astfel, prin înscrișul însușit de către Primarul Municipiului Iași, s-a achiesat, la întocmirea de către serviciul de resort a unui asemenea înscriș pentru a fi depus la OCPI în vederea notării posesiei, implicit realizându-se o calificare a terenului ca bunul imobil nu face parte din domeniul public sau privat al statului sau al UAT Municipiul Iași și nu a făcut obiectul legilor fondului funciar. Ulterior s-a procedat la demararea procedurilor interne pentru atestarea bunului ca aparținând domeniului privat al Municipiului Iași, dincolo de caracterul public al posesiei, determinând pierderea posesiei în mod ilegal, cu sfidarea art. 1 din Protocolul 1 la C.E.D.O.. Se pierde din vedere faptul că, unul din efectele juridice ale posesiei este reprezentat de instituirea prezumției de proprietate în favoarea posesorului, context față de care este important a aminti viziunea consecventă a C.E.D.O., exemplificativ fiind cauza Maria Atanasiu și alții c. României⁶, unde s-a statuat faptul că, un reclamant poate pretinde o încălcare a art. 1 din Protocolul 1 la C.E.D.O doar în măsura în care „hotărârile pe care le critică se referă la „bunurile” sale, „noțiunea -bunuri- poate cuprinde atât „bunuri actuale”, cât și valori patrimoniale (...) în baza cărora un reclamant poate pretinde că are cel puțin „o speranță legitimă” de a obține beneficiul efectiv al unui drept de proprietate”.

Dacă acceptăm, ceea ce nu ar trebui niciodată disputat, și anume că posesia este așezată în sistemul nostru de drept pe o poziție congruentă proprietății, iar „până la probă contrară, posesorul este considerat proprietar, cu excepția imobilelor înscrise în cartea funciară”, dat fiind că potrivit art. 553, alin. 2, art. 919, alin. 3 N. Cod civil, unităților administrativ teritoriale le este limitată posibilitatea legală de apropiere a bunurilor doar la acelea care s-au aflat în patrimoniul unor persoane fizice decedate, fără a avea moștenitori acceptanți și față de care a fost constatată moștenirea vacantă, în condițiile art. 1137 N. Cod civil, ori aflate în patrimoniul unor persoane morale desființate, putem opinia în mod judicios în privința actelor administrative adoptate de deliberativele locale că acestea au un caracter nelegal și îndreptat împotriva interesului general.

Din economia textului art. 1138 N. Cod civil și a normei regăsite în vechea reglementare-art. 25 și urm. din Decretul-lege nr. 31/1954, reiese fără putință de tăgadă destinația urmată în privința bunurilor rămase fără stăpân sau care privesc moșteniri declarate vacante, fiind indicate drept beneficiari comuna, orașul sau, după caz, municipiul în raza teritorială în care sunt situate bunurile, bunuri care intră în domeniul privat al unității administrativ-teritoriale.

În direcția consolidării opiniei noastre regăsim analize doctrinare și jurisprudențiale temeinic fundamentate prin care au fost emise concluzii ferme în sensul că, în privință bunurilor intravilane pentru care nu au fost și nu pot fi emise certificate de vacanță succesorală, lipsă fiind informațiile privitoare la proprietari sau

⁶ http://www.dreptonline.ro/spete/detalii_speta.php?cod_speta=413 - accesat la 05.10.2017, ora 22:20.

moștenitorii acestora, unitățile administrativ-teritoriale au la îndemână acțiunea judiciară în constatarea uzucapiunii, cu consecința trecerii bunului în proprietatea privată a acesteia⁷.

Această optică o regăsim inclusiv în norma cuprinsă în art. 1845 C. Civil 1864 care reglementează în materia prescripțiilor în sensul egalizării tratamentului incidenței lor între stat și particulari, subliniind în mod expres „statul, stabilimentele publice și comunale, în ceea ce privește domeniul lor privat, sunt supuse la aceleași prescripții ca particularii și, că și aceștia, le pot opune”

Legiuitorul român a rămas consecvent acestor valori și reglementări, edictând în Legea nr. 18/1991 actualizată, în textul art. 26, regimul terenurilor aflate în intravilanul localităților și rămasă la dispoziția autorităților administrației publice locale de la persoanele decedate și fără moștenitori acceptanți, reglementând trecerea acestor bunuri „în proprietatea publică a unităților administrativ-teritoriale și în administrarea consiliilor locale respective, în baza certificatului de vacanță succesorală, eliberat de notarul public”⁸.

Chemați fiind magistrații în rostirea dreptului, regăsim în practica judiciară recentă a instanțelor de control judiciar situații analoge cu cele abordate de noi în exprimarea opiniei teoretice, relevantă și fundamentată cu pătrundere fiind Decizia nr. 3550 din data de 11.12.2015 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia⁹ care realizează o desfacere a nodului gordian al intereselor subiective a administrației locale îndreptate spre acapararea bunurilor aflate în stăpânirea privaților, reținând că, în lipsa dovezilor ca suprafețele de teren se află în proprietatea Statului, dovadă care poate fi realizată cu mențiunile și înscrierile de carte funciară, „în condițiile Legii nr. 7/1996, iar în lipsa acestor dovezi, ele nu pot face obiectul art. 36 alin. 1 din Legea nr. 18/1991 privind fondul funciar care vizează numai terenurile proprietatea statului.”

În continuare, cu o doză rezonabilă de justete și echitate legitimate rațional și normativ, Curtea a apreciat că: „Consiliul Local a hotărât prin HCL că, în baza dispozițiilor art. 36 alin. 1 din Legea nr. 18/1991 a fondului funciar, art. 3 alin. 1 și alin. 4 Legea nr. 213/1998, atestarea apartenenței la domeniul public al Municipiului S. a imobilului-teren situat în intravilanul Municipiului S. (...), în suprafață de 18,32 ha, identificat în Registrul cadastral al posesorilor cu nr. cadastral (...).

(...) Analizând această susținere se constată următoarele:

Art. 36 alin. 1 din Legea nr. 18/1991 are următorul conținut: „Terenurile aflate în proprietatea Statului, situate în intravilanul localităților și care sunt în administrarea primăriilor, la data prezentei legi, trec în proprietatea comunelor, orașelor sau a municipiilor, urmând regimul juridic al terenurilor prevăzute la art. 26”.

⁷ Ilie Viorel Arsene, *Posesia*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 114.

⁸ <http://www.prefecturacv.ro/Materia%20Proprietatii/Legea%2018%20din%201991.pdf> - accesat la 05.10.2017, ora 23:22.

⁹ <http://infodosar.ro/speta.php?id=46556> - accesat la 05.10.2017, ora 23:27.

Art. 26 (1) Terenurile situate în intravilanul localităților, rămase la dispoziția autorităților administrației publice locale, de la persoanele care au decedat și/sau nu au moștenitori, trec în proprietatea publică a unităților administrativ-teritoriale și în administrarea consiliilor locale respective, în baza certificatului de vacanță succesorală eliberat de notarul public. În acest sens, secretarul unității administrativ-teritoriale are obligația ca, în termen de 30 de zile de la înregistrarea fiecărui deces al persoanelor respective, să comunice camerei notarilor publici competente datele prevăzute la art. 68 din Legea notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, cu modificările și completările ulterioare, în vederea dezbaterii procedurii succesoriale. Neîndeplinirea de către secretarul unității administrativ-teritoriale a obligației prevăzute în prezentul alineat se sancționează administrativ, potrivit legii.

(2) Schimbarea regimului juridic al terenurilor prevăzute la alin. (1), din proprietatea publică a unităților administrativ-teritoriale respective în proprietatea privată a acestora, este interzisă și se sancționează cu nulitatea absolută.

Art. 31 prevede că: (1) Terenurile proprietatea statului aflate în exploatarea cooperativelor agricole de producție sunt la dispoziția comisiilor prevăzute la art. 12, în vederea atribuirii lor în proprietatea celor îndreptățiți, conform legii.

(2) Terenurile neatribuite, rămase la dispoziția comisiei, vor trece în domeniul privat al comunei, orașului sau al municipiului.

Art. 33-Terenurile provenite din fostele izlazuri comunale-pajiști și arabil-care s-au aflat în folosință cooperativelor agricole de producție-trec în proprietatea privată a comunelor, orașelor sau, după caz, a municipiilor și în administrarea primăriilor, urmând a fi folosite ca pășuni comunale și pentru producerea de furaje și semințe pentru culturi furajere.

Art. 44-(1) Terenurile provenite din fostele izlazuri comunale, transmise unităților de stat și care, în prezent, sunt folosite ca pășuni, fânețe și arabil, vor fi restituite în proprietatea comunelor, orașelor și a municipiilor, după caz, și în administrarea primăriilor, pentru a fi folosite ca pășuni comunale și pentru producerea de furaje sau semințe de culturi furajere. Fac excepție suprafețele ocupate cu vii, pomi, seminceri furajeri, heleșteie, lacuri sau cele destinate producerii de legume, fructe ori altă materie primă pentru fabricile de conserve, orezării și câmpuri experimentale, destinate cercetării agricole, ce vor fi compensate în suprafață egală cu teren de aceeași calitate de către societățile comerciale pe acțiuni, în termen de 6 luni de la data intrării în vigoare a prezentei legi.

Art. 3 alin. 1 și 4 Legea nr. 213/1998 prevede că: 1) Domeniul public este alcătuit din bunurile prevăzute la art. 135 alin. (4) din Constituție, din cele stabilite în anexa care face parte integrantă din prezenta lege și din orice alte bunuri care, potrivit legii sau prin natura lor, sunt de uz sau de interes public și sunt dobândite de stat sau de unitățile administrativ-teritoriale prin modurile prevăzute de lege.

(4) Domeniul public al comunelor, al orașelor și al municipiilor este alcătuit din bunurile prevăzute la pct. III din anexa și din alte bunuri de uz sau de interes public local, declarate ca atare prin hotărâre a consiliului local, dacă nu sunt declarate prin lege bunuri de uz sau de interes public național ori județean.

Esențial în analiza legalității emiterii HCL este regimul juridic al terenurilor în cauză, indiferent de modul de folosință actuală.

Așa cum a reținut și instanța de fond, terenurile în suprafață totală de 18,32 ha, a căror atestare se reglementează prin hotărârea atacată, nu sunt proprietatea statului ci sunt în proprietatea cooperatistă a fostului CAP, așa cum rezultă din mențiunile Registrului cadastral al posesorilor, aspect de necontestat.

Corect s-a reținut că în cauză nu s-a dovedit că aceste suprafețe de teren sunt proprietatea Statului, dovadă care se face cu înscrierile de carte funciară, în condițiile Legii nr. 7/1996 și ca, în lipsă acestor dovezi, ele nu pot face obiectul art. 36 alin. 1 din Legea nr. 18/1991 privind fondul funciar care vizează numai terenurile proprietatea statului.

Curtea constată și că prin nota internă nr. 310/2014 a Serviciului Public de Cadastru din cadrul Consiliului Local al Municipiului S., acest teren a fost inventariat ca izlaz comunal, fiind preluat de la C.A.P. S., iar pentru acest teren nu s-au eliberat titluri de proprietate...". În consecință, acestor terenuri le sunt aplicabile dispozițiile art. 33 și 44 Legea nr. 18/1991 care prevăd trecerea lor în proprietatea privată a unităților administrativ teritoriale.

Mai mult, sunt relevante și prevederile art. 28 H.G. nr. 890/2005, invocate de intimatul reclamant, potrivit cărora, în paralel cu stabilirea dreptului de proprietate pentru persoanele prevăzute de lege comisiile comunale, orășenești sau municipale vor stabili suprafața izlazurilor comunale care se formează din suprafața izlazului aflat în prezent în administrarea consiliilor locale, din suprafață provenită din izlazul care a fost dat în folosința unor cooperative agricole de producție prevăzute la art. 33 din Legea nr. 18/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și din suprafața provenită din izlazurile comunale, care a fost transmisă unor unități de stat prevăzute la art. 44 din Legea nr. 18/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare. În comunele compuse din mai multe localități suprafața de izlaz va fi defalcată pe sate.

(2) Terenurile prevăzute la alin. (1), la propunerea comisiilor comunale, orășenești sau municipale, prin ordin al prefectului trec în proprietatea privată a comunelor, orașelor sau, după caz, a municipiilor și se înscriu în tabelul prevăzut în anexa nr. 14.

Din perspectiva acestor dispoziții, emiteria HCL cu privire la terenurile provenite din izlazuri de către Consiliul Local este nelegală fiind emisă de o autoritate necompetentă. (...)¹⁰

¹⁰ *Idem.*

De aici, cu încântare privim existența unor decizii judecătorești dată în respectul posesiei și regimului care urmează bunul imobil supus inventarierii, cu sfidarea normelor legale incidente, iar revenind la speța legată de activitatea deliberativului ieșean, arătăm că este evident caracterul nelegal al acesteia, situație care determină teoreticienii la pronunțarea unor propuneri, *de lege ferenda*, spre elaborarea unor norme corespunzătoare protecției posesiei.

Tindem spre a susține reglementarea facultății posesorului de a solicita, spre exemplu, atunci când suprafață stăpânită fără a deține vreun titlu, încorporarea acesteia în propriul său patrimoniu, prin exercitarea procedurilor administrative sau judiciare de rectificarea informațiilor de carte funciară, în sensul modificării informațiilor cu privire la imobilul înscris în registrul public cadastral, în sensul arătării suprafeței faptice a imobilului suspus înscrierii.

Fundamentul normativ al soluției îl găsim ca fiind art. 908 pct. 4 și art. 914 coroborat cu art. 879 alin. (1), cu înlăturarea normelor inferioare ca putere, conform principiului ierarhiei actelor normative, respectiv a celor cuprinse în Ordinul nr. 700/2014.

În această direcție ar fi posibilă și procedura înregistrării în cartea funciară a imobilelor deținute fără titlu, potrivit art. 13 și art. 41 alin. (3) din Legea nr. 7/1996, republicată, sub condițiunea înlăturării obligației de prezentare a certificatului prin care Primăria să certifice faptul posesiei și caracterul public al acesteia, situație care prezintă un acut antagonism în raport de interesele subiective ale acestei instituții, indiferent de localitatea care ar putea fi supusă analizei. Astfel, ar fi evitat arbitrarul și lipsa culturii juridice profunde a unor funcționari publici investiți cu competențe specifice în materie, aducând și un plus de echitate prin eventuala nouă rațiune normativă.

Paradoxul îl reprezintă, așa cum am arătat și în speța noastră, faptul că, izolat, există unități administrativ-teritoriale care emit certificatul pus în discuție, dar ulterior, înainte de a-și dovedi eficiența înscrisul respectiv în circuitul civil, se procedează la adoptarea unor acte administrative care paralizează sau chiar înlătură toate efectele juridice ale posesiei.

În continuarea acestei stări de confuzie și stagnare în privința procedurii de obținere a dreptului de proprietate, în lipsa actelor doveditoare ale dreptului de proprietate pentru imobilul stăpânit în condițiile legii, evidențiem că existența cadrului normativ suprapus și antagonic, face ineficientă recunoașterea legală de naștere a unui drept real imobiliar în favoarea posesorului fondat pe faptul posesiei publice, supusă de altfel notării, după împlinirea unui termen dat, astfel cum este reglementat de prevederile Legii nr. 6/1997, cu al său caracter derogatoriu de la normele de drept comun reglementatoare a instituției uzucapiunii.

Interpretarea unilaterală a unor norme de drept de către unitățile administrativ teritoriale în materia adoptării hotărârilor de atestare a apartenenței unor bunuri imobile la domeniul privat al acestor reprezintă carențe severe de nelegalitate și de

neconstituționalitate, realizând deposedarea administrativă a unor posesori de bună credință, prin îmbrăcarea unei proceduri neprincipiale și nelegalitate, într-o manta de rigurozitate birocratică.

De o valoare practică incomensurabilă ar fi recunoașterea dreptului de exercitare al acțiunii în modificarea suprafeței imobilului înregistrat în evidențele publice cadastrale, în temeiul art. 41 alin. (3) din Legea nr. 7/1996 coroborat cu art. 109 alin. (2) și art. 107, art. 108 al Ordinului nr. 700/2014 în sensul completării normative a posibilității înscrierii faptului posesiei, prin declarație autentică și documentație cadastrală, într-o carte funciară distinctă, urmând ca la împlinirea unui termen rezonabil să aibă loc, de iure, convertirea posesiei în drept de proprietate.

Bibliografie

1. Viorel Terzea, *Legile fondului funciar. Comentarii și explicații*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2013
2. Monica Burzea, *Protecția penală a posesiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2013
3. Acad. Ion Filipescu, *Dreptul civil. Dreptul de proprietate și ale drepturi reale*, Ed. Actami, București, 1998
4. Iosif Robi Urs, Petruța Elena Ispas, *Drept civil. Teoria drepturilor reale*, Ed. Hamangiu, București, 2015
5. Viorel Terzea, *Legile fondului funciar. Comentarii și explicații*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2013
6. Ilie Viorel Arsene, *Posesia*, Ed. Hamangiu, București, 2014

Site-uri web accesate

1. http://www.dreptonline.ro/spete/detaliu_speta.php?cod_speta=413
2. <http://legislatie.resurse-pentru-democratie.org/legea/199-1997.php>
3. [http://92.87.29.200/ADP/hotarari.nsf/all/DC4C5F7B73868245C2257C85002AB5B2/\\$File/Ho%2010%2028%2001%2014.pdf?OpenElement](http://92.87.29.200/ADP/hotarari.nsf/all/DC4C5F7B73868245C2257C85002AB5B2/$File/Ho%2010%2028%2001%2014.pdf?OpenElement) - site al Consiliului Local Iași
4. http://www.dreptonline.ro/spete/detaliu_speta.php?cod_speta=413
5. <http://www.prefecturacv.ro/Materia%20Proprietatii/Legea%2018%20din%201991.pdf>
6. <http://infodosar.ro/speta.php?id=46556>

SUVERANITATEA PARTAJATĂ: SCHIMBARE ȘI CONTINUITATE A INSTITUȚIEI SUVERANITĂȚII ÎN CADRUL UNIUNII EUROPENE

*Dr. habilitat în drept, prof. univ., academ. Ion GUCEAC,
Academia de Științe a Moldovei*

*Doctorandă Ina VÎRTOSU,
Institutul de Cercetări Juridice și Politice al
Academiei de Științe a Moldovei*

Rezumat

Uniunea Europeană (UE) nu este o organizație interguvernamentală, ci una suprastatală, de o anvergură necunoscută până acum, chiar dacă cadrul instituțional în care a fost transpusă este a unei organizații internaționale. Suprastatalitatea UE impune exercitarea în comun a suveranității - prin acel transfer al atributelor interne și externe ale suveranității de la statele membre la instituțiile suprastatale ale UE. Procesul de trecere a atributelor de suveranitate de la state la UE constituie un fenomen inevitabil și obligatoriu; această reducere a suveranității, ca și integrarea, constituie un proces evolutiv care se produce treptat în timp și cu un grad de intensitate variabil. Acest pas evolutiv, ce a început cu Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului și a ajuns la UE, până la implementarea Tratatului de la Lisabona, a dus la o limitare treptată a suveranității statului, ceea ce constituie o „variabilă” direct legată de competențele instituțiilor edificate ale Uniunii.

Cuvinte-cheie: suveranitate partajată; stat membru; delimitarea competențelor; competențe partajate; principiul subsidiarității.

*Shared sovereignty: change and continuity of the institution
of sovereignty within the European Union*

Abstract

The European Union (EU) is not an intergovernmental organization, but a supranational one of unknown before scale, although the institutional framework in

which it was transposed is that of an international organization. Supranational character of the EU requires the exercise in common of the sovereignty - by transferring the internal and external attributes of the sovereignty from the Member States to the supranational institutions of the EU. The process of the transfer of the sovereignty attributes from states to the EU is an inevitable phenomenon; this reduction of sovereignty is an evolutionary process that occurs gradually in time and with a degree of variable intensity. This evolutionary step, which began with the European Coal and Steel Community and reached the EU, until the implementation of the Treaty of Lisbon, has resulted in a gradual limitation of the state sovereignty, which is a „variable” directly related to the competencies of EU’ institutions.

Keywords: shared sovereignty; Member State; delimitation of competences; shared competences; principle of subsidiarity.

1. Noțiuni generale privind suveranitatea partajată

Fenomene precum globalizarea, interdependența și integrarea regională au diminuat capacitatea statelor de a se autoconduce și, ca urmare, a apărut necesitatea instituțiilor internaționale și supranaționale pentru abordarea problemelor ce depășesc granițele naționale, ducând la exercitarea suveranității în comun.

Profesorul Samuel P. Huntington reliefează teoria „realistă” a relațiilor internaționale, în conformitate cu care statele sunt actorii principali, ori chiar singurii actori importanți în afacerile mondiale, iar pentru a-și asigura supraviețuirea și securitatea, acestea „încearcă invariabil să-și maximizeze puterea”. În opinia autorului, statele sunt și vor rămâne entități dominante în afacerile mondiale. În acest sens ele întrețin armate, desfășoară activități diplomatice, negociază tratate, poartă războaie, supraveghează organizațiile internaționale, influențează și configurează producția și comerțul, asigură securitatea externă și internă¹.

Nu trebuie să ignorăm și faptul că statele „pierd din suveranitate, prerogative și putere”. După cum se constată și în literatura de specialitate, deși statele își mențin calitatea de actori principali în relațiile internaționale, capacitatea juridică a acestora a fost redusă substanțial. Cu titlu de exemple sunt menționate:

- instituțiile internaționale care își manifestă dreptul de a reglementa acțiunile întreprinse de state pe teritoriul propriu”;
- în unele cazuri (mai ales în Europa), instituțiile internaționale și-au asumat prerogative importante, care anterior aparținuseră statelor, în acest scop fiind create

¹ S. P. Huntington, *Ciocnirea civilizațiilor și refacerea ordinii mondiale*, Ed. Antet, București, p. 38.

structuri birocratice internaționale autoritare, care acționează în mod direct asupra vieții individuale a cetățenilor;

- la nivel global s-a manifestat o tendință a guvernelor de a pierde puterea și prin cedarea unor prerogative entităților politice subnationale, regionale, provinciale sau locale. De aici și existența unor mișcări regionale care promovează autonomia vastă sau secesiunea, atestată în mai multe state, inclusiv în cele dezvoltate;

- guvernele statelor și-au pierdut, în mare măsură, capacitatea de a supraveghea circulația ideilor, a tehnologiilor, a mărfurilor și a oamenilor.

În opinia lui Huntington, aceste transformări, dar cu siguranță și altele (crizele demografice, conflictele interetnice, terorismul, catastrofele ecologice etc.), i-au indus în eroare pe oamenii care au început să creadă că statul treptat își va înceta existența și va apărea o „ordine internațională diversă, complexă, multistratificată, care seamănă mai mult cu cea din Evul Mediu”².

Pare paradoxal însă pentru prima dată ideea unei suveranități partajate (divizate) în formă incipientă a fost exprimată de Johannes Althusius în celebra sa operă *Politica methodice digesta* (1603). Fiind un adversar al teoriei suveranității absolute a lui Bodin, Althusius își întemeiază argumentul pe ideea că societatea trăiește în „simbioză” pe principiile solidarității și reciprocității, având la bază individul autonom³. Acesta pretinde că societatea este fundamentată pe o serie de pakte politice și sociale, încheiate de jos în sus de o multitudine de asociații autonome, atât publice, cât și profesionale, bresle, orașe, provincii, state. Pe fiecare nivel, indivizii interacționează, nu izolat, ci ca membri ai unei comunități deja existente, care nu abandonează niciodată totalitatea de drepturi în favoarea unei societăți mai mari, ci le exercită în comun atunci când e cazul. Societatea globală, căreia Althusius îi dă numele de „comunitate simbiotică integrală” se definește ca o organizație ascendentă a comunităților pluraliste, ce se constituie ele însele pe baza asociațiilor anterioare, cu apartenențe multiple, dispunând de puteri care se limitează reciproc⁴. Althusius considera că la fiecare nivel al societății trebuie să existe două serii de organe: unele ce reprezintă comunitățile inferioare, ce dețin atâta putere cât pot exercita în mod concret, și altele reprezentând eșalonul superior, ale cărui atribuții sunt limitate de primul nivel. Fiecare nivel își desemnează reprezentanții, inclusiv la nivelul superior, pe baza unei delegări a puterii, aceasta putând fi în orice moment retrasă⁵.

Federalismul societal al lui Althusius ne oferă o imagine a unei politici dinamice care integrează societatea de jos în sus, fiecare nivel având un grup ce reprezintă

² S. Huntington, *op. cit.*, p. 40-41.

³ T. O. Hueglin, *Early Modern Concepts for a Late Modern World: Althusius on Community and Federalism*, Wilfrid Laurier University Press, Waterloo, Ontario, 1999, p. 86.

⁴ J. Althusius, *The Politics of Johannes Althusius*, Beacon Press, Boston, 1964, p. 136-139.

⁵ *Ibidem*, p. 141.

interesele acestei „congregații” la nivelul următor până la cel a statului. Acest model într-o formă mai avansată este aplicat Uniunea Europeană (UE), fiind capabil să asigure o guvernare pluralistă, și o partajare a atribuțiilor în privința procesului decizional.

Suveranitatea partajată a fost dezvoltată pe baza teoriei *suveranității relative* ce a fost gândită spre a oferi suport doctrinar existenței unor ansambluri organizaționale cu tendință suprastatală, formate, pe baza „transferului/cedării de suveranitate” al statelor membre. Altfel spus, suveranitatea relativă în acest context reprezintă, trecerea de la perioada *suveranității absolute* (caracterizate prin unicitate, indivizibilitate, inalienabilitate), de o importanță majoră în perioada decolonizării și a războiului rece (în special pentru statele mici și mijlocii), la perioada *suveranității divizibile*, limitate, care se poate „înstrăina” fără a duce în mod necesar la dispariția statelor care au înstrăinat-o sau au limitat-o și care justifică existența unor sisteme de guvernare politică originale, precum UE⁶.

Astfel, conform unor concepții, este posibilă „înstrăinarea”, „cedarea” sau chiar „transferul” exercițiului suveranității de la un stat către alt stat, fără ca primul subiect de drept să își piardă caracterul suveran⁷, lucru contestat de alți doctrinari care afirmă că îngrădirea, cedarea sau abandonarea sub orice formă a suveranității reprezintă o știrbire a supremației și a independenței statului⁸. Cei ce sprijină „cedarea” sau „partajul” suveranității își fundamentează argumentele pe teoriile delimitării componente de substanță și acelei dinamice ale suveranității, recunoscând caracterul coordonator al instituțiilor supranaționale.

Suveranitatea divizibilă necesită ca o condiție de bază cu implicarea actorilor externi în exercitarea unor politici ale statului suveran pe o perioadă nedeterminată⁹. Potrivit lui Stephen Krasner, instituțiile/statele implicate în conceptul de suveranitate divizibilă necesită trei condiții prealabile: (1) existența suveranității statului, recunoscută internațional, (2) acordul pentru partajarea acestei suveranități trebuie să fie voluntar și (3) acordul nu trebuie să ceară părții terțe să contribuie cu resurse mari¹⁰. Conform acestui tip de aranjament, statele au capacitatea de a încheia acorduri care ar compromite suveranitatea lor westphaliană, cu scopul de a îmbunătăți substanța suveranității interne. În timp ce statele își păstrează capacitatea de a încheia acorduri voluntare, ele își cedează autonomia prin punerea în

⁶ M. Keating, *European Integration and the Nationalities Question*, International Political Science Association, Conference, Durban, 29 June – 4 July 2003.

⁷ D.P. O'Connell, *Review: International Law*. In: *The American Journal of International Law*, vol. 59, no. 4, 1965, p. 951.

⁸ Gh. Moca, *Suveranitatea de stat și dreptul internațional contemporan*, București, 1970, p. 191.

⁹ S. D. Krasner, *Westphalia and All That. In: Ideas and Foreign Policy*. Ed. J. Goldstein and R. O. Keohane, Ithaca: Cornell University Press, 1993, p. 250.

¹⁰ *Ibidem*, p. 252.

comun a resurselor lor într-o organizație multilaterală sau angajamentele lor în respectarea unui tratat internațional, care devine mai apoi un instrument ce reglementează acțiunile colective internaționale¹¹.

Însă Krasner nu a dezvoltat teoria sa, despre o suveranitate divizibilă și a interdependenței până la punctul în care să poată explica realitatea suveranității aplicabile statelor membre ale UE.

Uniunea a fost creată printr-o serie de tratate, modificate și adaptate de mai multe ori la realitățile existente, la care au aderat treptat aproape toate statele Europei, stabilindu-și politici și aranjamente instituționale proprii, multe dintre acestea având o forță politico - juridică ce transcende granițele naționale¹². S-a creat un nou concept de suveranitate partajată, mult mai cuprinzător decât definiția dată de Krasner.

Prin prisma structurii UE suveranitatea partajată ar însemna exercitarea suveranității statului limitată la anumite domenii, ce cad sub incidența competențelor partajate, statele obligându-se la acest partaj și la o cooperare colectivă prin aderența la normele internaționale respective. În acest sens, statul nu are autoritatea exclusivă asupra politicii sale, ci o exercită în mod divizat împreună cu instituțiile supranaționale.

Acest tip de suveranitate presupune crearea unor instituții specifice în care statele împărtășesc în mod voluntar autoritatea cu instituțiile suprastatale, această structură fiind creată de aceleași state parte la pact care însă capătă o personalitate juridică distinctă, fiind considerat un subiect nou de drept internațional. Elaborarea normelor noi de drept implică fixarea tehnico-juridică a acestora, cu transpunerea ulterioară în conținutul actelor legislative cu o forță juridică atenuată.

Aceste preocupări ale statului sunt reflectate în constituțiile respective, inclusiv în cele adoptate la intersecția secolelor al XXI-lea și al XXII-lea. Constituțiile statelor – membre ale UE au fost completate cu dispoziții care reglementează relațiile dintre statul respectiv și Uniune. De exemplu, Constituția României conține un compartiment distinct (Titlul VI)¹³, consacrat integrării euroatlantice. Constituția Danemarcei stabilește (art. 6) raportul dintre dreptul național și dreptul UE¹⁴. Constituția Ungariei (art. E) determină că statul poate exercita unele dintre competențele sale stipulate în Legea Fundamentală, împreună cu alte state membre, prin

¹¹ D. T. Jamison, J. Frenk, F. Knaul, *International collective action in health: objectives, functions, and rationale*. In: The Lancet, Center for Pacific Rim Studies, Vol. 351, Issue 9101, 1998, p. 515.

¹² D. Năstase, M. Mătieș, *Viitorul suveranității naționale a României în perspectiva integrării europene*. În: Suveranitate națională și integrare europeană, Polirom, 2002, p. 46.

¹³ *Constituția României*, din 21 noiembrie 1991.

<http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/1413?isFormaDeBaza=True&rep=True> (vizitat 10.09.2017).

¹⁴ *Constituția Regatului Danemarcei, din 5 iulie 1953*. <https://constitutii.files.wordpress.com/2013/02/danemarca.pdf> (vizitat 10.02.2017).

intermediul instituțiilor Uniunii Europene¹⁵. Constituția Slovaciei (ar. 7) oferă statului dreptul să cedeze exercițiul anumitor prerogative în favoarea Uniunii Europene. Constituția certifică și faptul că normele juridice ale Uniunii Europene au prioritatea asupra legilor naționale ale țării¹⁶.

Astfel, constituțiile statelor membre ale Uniunii Europene includ dispoziții care reflectă impactul dreptului european asupra celui național. De exemplu, Constituția Austriei (art. 20) dispune că prin lege, în măsura în care este necesar în conformitate cu legislația Uniunii Europene, funcționarii pot fi scutiți de obligația de a se supune instrucțiunilor superiorilor acestora. Aceeași Constituție (art. 23b) acordă cadrelor didactice universitare dreptul să-și continue activitatea de cercetare și predare, precum și activitatea de examinare pe durata mandatului în Parlamentul European. Remunerările acordate pentru această activitate se vor calcula în conformitate cu serviciile efectiv prestate, însă nu pot depăși 25% din salariul unui cadru didactic universitar¹⁷.

Construcția integrării europene provoacă doctrina tradițională a suveranității statului ca fiind unitară, absolută și exclusivă, prin constituirea unei ordini juridice și a unui sistem care își auto-acordă drepturi.

Suveranitatea partajată reprezintă, în opinia unor doctrinari, un concept implementat pragmatic care nu presupune pierderea totală a unor atribute ale suveranității interne, ci dezvoltă capacitățile externe și interdependentă suveranității naționale, în sensul întăririi capacității de a reglementa chestiuni economico-politice – cum ar fi circulația capitalurilor, a mărfurilor și a persoanelor, etc. – de o manieră mai coerentă, mai ieftină și mai eficientă¹⁸. Doar că Statele Membre sunt chemate să întărească această suveranitate în comun.

Ca entitate juridico-politică, UE nu constituie ceea ce este un stat, în sensul de stat compus, federație sau confederație, dar nu este nici organizație internațională interguvernamentală, ea reprezentând mai puțin, decât o entitate statală și mai mult, decât o organizație internațională, întrunind elemente, atât de la prima, cât și de la a doua¹⁹. Neîncadrându-se în nici unul dintre tiparele cunoscute până acum, UE reprezintă un subiect de drept internațional atipic nou, având tipologia organizațiilor internaționale - o asociere de state, formată într-un anumit scop și constituită într-o

¹⁵ *Constituția Ungariei, din 1 ianuarie 2012.* <https://constitutii.files.wordpress.com/2013/01/ungaria.pdf> (vizitat 10.09.2017).

¹⁶ *Constituția Republicii Slovacie, din 1 octombrie 1992.* <https://constitutii.files.wordpress.com/2013/01/slovacia.pdf> (vizitat 10.09.2017).

¹⁷ *Constituția Austriei, din 1929.* <https://constitutii.files.wordpress.com/2013/02/austria.pdf> (vizitat 10.09.2017).

¹⁸ D. Năstase, M. Mătieș, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹ I.M. Anghel, *Suveranitatea statelor membre ale Uniunii Europene.* In: *Analele Universității „Constantin Brâncuși”*, 2010, nr. 2, p. 20.

entitate distinctă și independentă de statele care o compun – cu propria sa ordine juridică și organe proprii cu structură și funcționare distinctă, pe baza unui act constitutiv - tratatul internațional multilateral²⁰.

Însă, sistemul politic al UE nu se rezumă la categoria organizațiilor internaționale, în ciuda existenței unor trăsături specifice acestei categorii juridice. Natura sa juridică și politică complexă, caracterul integraționist îl disting, atât de un stat, cât și de o organizație internațională de cooperare în care suveranitatea statului nu ar fi afectată nici în sine, nici în exercițiul pe plan intern și extern.

În același timp UE cuprinde și unele elemente specifice pe care le au uniunile de state, confederațiile și federații²¹. Având o structură similară cu aceea a unei uniuni de state, constituită însă pe sistemul unei organizații internaționale, UE are ca scop integrarea societăților din statele participante într-un spațiu economic, monetar, social, politic și juridic unic, cu instituirea unei piețe interne comune și a unei „unități în diversitate”.

Originalitatea instituțiilor UE, în contextul suveranității partajate, funcționează pe baza unui „transfer de suveranitate”, particularitate care se întâlnește doar la organizațiile de integrare, și nicidecum de cooperare. Chiar și simpla participare la o organizație interguvernamentală impune, prin angajamentele asumate, o reducere a disponibilităților unui stat, o limitare a suveranității statelor, deoarece obligându-se să-și coreleze politicile în domeniul de cooperare convenit, ele sunt ținute de angajamentele asumate și nu-și mai pot „exercita suveranitatea în mod nestânjenit.”²² Cu atât mai pregnant această limitare se atestă în cadrul unei structuri integraționiste ca UE, cu instituții suprastatale, atestându-se un transfer de atribuții suverane de la state la aceste instituții, ceea ce este o consecință a integrării economice și politice și implică totodată, în mod necesar, o contopire de ordin statal și deci o redistribuire de competențe cu afectarea suveranității statelor respective.

Instituțiile europene sunt rezultatul unui proces de integrare politică început cu apariția celor trei Comunități Europene (care, deși aveau un profil integraționist economic, făceau parte tot din categoria „organizațiilor internaționale de integrare”) și preluat apoi de UE, conferindu-i o veritabilă dimensiune politică europeană și creând din acestea instituții plasate la cel mai înalt nivel de guvernare al sistemului politic al Uniunii, în care se aplică guvernarea pe mai multe niveluri²³.

Noul concept al suveranității partajate a fost recunoscut prin deciziile Curții Europene de Justiție (astăzi Curtea de Justiție a Uniunii Europene) în cauzele *Van*

²⁰ M.V. Antonescu, *Instituțiile Uniunii Europene în perioada post – Nisa. O perspectivă de drept constituțional*, Lumen, Iași, 2009, p. 72-73.

²¹ L. Delbez, *Les Principes généraux du Droit International Public*, III-ème ed., Paris, 1964, p. 86.

²² I.M. Anghel, *Suveranitatea și aprofundarea integrării în Uniunea Europeană*. In: *Romanian Journal of European Affairs*, 2002, nr. 1 (2), p. 83.

²³ Antonescu M. V., *op. cit.*, p. 171.

Gend en Loos și *Costa c./ ENEL*²⁴. În Hotărârea cauzei nr. 26/62 *Van Gend en Loos*, Curtea a menționat explicit că UE (la aceea vreme Comunitate) „constituie o nouă ordine juridică de drept internațional, în favoarea căreia statele și-au limitat, chiar dacă în domenii restrânse, drepturile lor suverane și ale cărei subiecte nu sunt doar Statele Membre, ci și resortisanții acestora²⁵. UE deci dispune de o capacitate juridică și de reprezentare internațională proprie, puterile ei reale decurgând din limitarea competențelor și din transferul unor atribuțiuni din partea statelor către instituțiile Uniunii.

Rezumând cele spuse mai sus, putem defini *suveranitatea partajată* ca exercitarea în comun a suveranității de către instituțiile supranaționale ale unei uniuni integrate de state și statele membre ale acestei uniuni, suveranitate limitată la anumite domenii reglementate de tratatele constituente ale uniunii, statele obligându-se la acest partaj nu doar printr-o cooperare colectivă aprofundată, ci și prin crearea unui singur spațiu economic, politic, juridic și de securitate comun.

2. Suveranitatea și delimitarea competențelor în Uniunea Europeană

În contextul în care UE are o personalitate juridică, aceasta dispune de o anumită capacitate juridică care îi este necesară pentru a-și contura identitatea pe scena internațională și afirma valorile și interesele ei. Această identitate este definită de o structură distinctă de funcționare potrivit scopului propus; în calitate de subiect de drept, UE deținând aceleași competențe ca și celelalte subiecte de drept internațional de a întreține relații cu statele și organizațiile internaționale, încheia tratate și de a desfășura o politică externă în diferite domenii²⁶.

Participarea statelor membre la construcția europeană a avut la bază adaptarea suveranității la imperativele interdependențelor internaționale și nu doar un simplu demers juridic de limitare a suveranității naționale²⁷. Scopul acestor state a fost crearea unui spațiu unic, mai întâi economic, iar mai apoi politic și de securitate, cu punerea în comun a resurselor pe care le aveau statele.

Curtea Europeană de Justiție a promulgat în 1971 doctrina puterilor implicite oferite Comunității, care i-a oferit acesteia dreptul să creeze și să semneze tratate

²⁴ I.M. Anghel, *Personalitatea juridică și competențele Comunităților Europene*, ed. II rev. și ad., Ed. Lumina Lex, București, 2007, p. 91.

²⁵ Judgment of the Court of 5 February 1963. *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*. Reference for a preliminary ruling: *Tariefcommissie - Netherlands*. Case 26-62. ECLI:EU:C:1963:1.

²⁶ I.M. Anghel, *Suveranitatea statelor membre ale Uniunii Europene*. In: *Analele Universității „Constantin Brâncuși”*, 2010, nr. 2, p. 21.

²⁷ D. Năstase, M. Mătieș, *op. cit.*, p. 46.

internaționale, pentru că acesta este singurul mod eficient prin care își poate duce la îndeplinire sarcinile²⁸, creând astfel o totalitate de norme aplicabile Statelor Membre.

Statele membre ale UE au în continuare calitatea de subiect de drept și își exercită toate atributele lor, în calitate de state suverane, cu excepția acelor pe care le-au transferat Uniunii sau care ar fi incompatibile cu calitatea lor de membru al UE. Este cert, că Uniunea nu poate fi concepută fără statele membre, acestea fiind „elementul constitutiv organic al Uniunii care are ca origine și fundament peren aceste state”²⁹. Însăși existența UE este fundamentată pe cea a statelor, iar instituțiile ei de bază – Consiliul European, Consiliul, Parlamentul, sunt constituite din șefii de stat sau de guverne ai statelor membre, aleși în aceste state. Cu siguranță, Uniunea reprezintă opera statelor fondatoare, fapt ce este atestat prin prevederea art. 1 din Tratatul de la Maastricht din 1992, numit ulterior și Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE), odată cu modificările aduse de Tratatul de la Lisabona, care menționează că „statele membre îi atribuie competențe (Uniunii) pentru realizarea obiectivelor lor comune”, acesta fiind și actul de constituire a Uniunii³⁰.

Acest tratat a constituit un document important pentru delimitarea competențelor în UE fundamentată prin structura celor „Trei Piloni” care definea clar competențele Uniunii, în Primul Pilon (I) – fiind incluse „Comunitățile” (CE, CECO și EURATOM); cele exercitate în comun, în Al Doilea Pilon (II) – adică Politica Externă și de Securitate Comună; și cele care rămâneau sub tutela exclusivă a statului, grupate în Al Treilea Pilon (III) – al Justiției și Afacerilor Interne³¹. Această separație, menținută până la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona în 2009, a fost menită să clarifice aspectele împărțirii competențelor în UE, și accentua dobândirea competențelor exclusive în domeniul celor patru libertăți fundamentale (libera circulație a mărfurilor, a capitalurilor, a persoanelor și a serviciilor³².

Modelul UE, care este unul suprastatal, îl delimitează de unul de tip statal sau federal, datorită creșterii constante a domeniilor sale de competență cu fiecare tratat, aceasta ajungând la o vocație globală și politică similară statului.

Cu toate că unii autorii vorbesc de „organisme interstatale”, dar care „exercită atribuții ce anterior aparțineau statelor suverane” în temeiul suveranitate cedate, nu se poate vorbi de o suveranitate europeană care ar aparține UE. Uniunea nu este un stat, și prin urmare ideea transferului de suveranitate substanțială este de necon-

²⁸ S.D. Krasner, *Problematic Sovereignty: Contested Rules and Political Possibilities*, Columbia University Press, New York, 2003, p 235.

²⁹ I.M. Anghel, *Suveranitatea statelor membre ale Uniunii Europene*. In: *Analele Universității „Constantin Brâncuși”*, 2010, nr. 2, p. 22.

³⁰ *Tratatul de la Maastricht*, semnat la 7 februarie 1992, intrat în vigoare la 1 noiembrie 1993. Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale al Comunităților Europene, 1992.

³¹ *Ibidem*.

³² S.D. Krasner, *Problematic Sovereignty: Contested Rules and Political Possibilities*, Columbia University Press, New York, 2003, p 235.

ceput, fiind posibilă doar transferarea exercițiului unor drepturi suverane ale statelor în domeniul de competență ale Uniunii, și nu o cedare ca atare a suveranității³³.

Acest transfer de competențe, precum delimitarea și exercitarea acestora se face conform unor principii fundamentale, înscrise în tratatele UE, ce determină în același timp și limitele de exercitare a suveranității statelor, respectiv a autorității UE.

Principiul atribuirii de competențe, reglementat de art. 5 TUE și prevede că „Uniunea acționează numai în limitele competențelor care i-au fost atribuite de statele membre prin tratate, pentru realizarea obiectivelor stabilite prin aceste tratate”³⁴. Prin urmare, statele prin voința lor transferă competențe Uniunii pentru realizarea obiectivelor, aceasta dispunând doar de competențele care i-au fost atribuite. Același articol face o precizare și stabilește că „orice competență care nu este atribuită Uniunii prin tratate aparține statelor membre”.

În absența unor prevederi exprese, instituțiile europene pot face trimitere la art. 308 TCE care suplinește absența puterilor expres conferite și implicit, permite instituțiilor comunitare ca și Uniunii să atingă obiectivele fixate de tratate³⁵.

Tratatul de la Lisabona a făcut o referire expresă la caracterul expres și convențional al atribuirii de competențe Uniunii (prin tratat), ceea ce exclude *ab initio* o extindere a competențelor UE în mod implicit, în afara unei prevederi în acest sens, a tratatului. Principiul atribuirii de competențe nu este unul absolut, din moment ce, tot în temeiul tratatului de la Lisabona, este prevăzut dreptul statului membru de a se retrage unilateral din Uniune, ca expresie a caracterului suveran al statului membru UE³⁶.

Principiul proporționalității a fost înscris inițial în Tratatul de la Maastricht în art. 5, care prevede că: „Acțiunea Comunității nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivelor prezentului tratat”³⁷. Acesta stabilește că acțiunile întreprinse de instituțiile UE trebuie să fie în limitele specificate de tratate, și doar la ce este necesar pentru atingerea obiectivelor tratatelor. Cu alte cuvinte, conținutul și forma acțiunii trebuie să fie în conformitate cu scopul urmărit.

Principiul subsidiarității are drept obiectiv limitarea extinderii competențelor UE și protejarea autonomiei legislative a statelor membre. Acest principiu este menționat de Actul Unic European în art. 174³⁸ și consacrat în TUE în art. 1, în care se precizează că deciziile Uniunii sunt luate „la un nivel cât mai apropiat de

³³ M.V. Antonescu, *op. cit.*, p. 181.

³⁴ *Tratatul de la Maastricht*, semnat la 7 februarie 1992, întrat în vigoare la 1 noiembrie 1993. Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale al Comunităților Europene, 1992.

³⁵ R. Bercea, *Drept comunitar. Principii*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 90.

³⁶ Antonescu M. V., *op. cit.*, p. 168.

³⁷ *Tratatul de la Maastricht*, semnat la 7 februarie 1992, întrat în vigoare la 1 noiembrie 1993. Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale al Comunităților Europene, 1992.

³⁸ *Actul Unic European*, semnat la 17 februarie 1986, întrat în vigoare la 1 iulie 1987. Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale al Comunităților Europene, 1986.

cetățeni.”³⁹ Art. 5, alin. (3) vine cu o precizare specificând că „obiectivele Uniunii vor fi realizate respectând principiul subsidiarității”, iar „în domeniile care nu țin de competența sa exclusivă, Uniunea nu intervine, conform principiului subsidiarității, decât dacă și în măsura în care obiectivele activității proiectate nu pot fi realizate de către statele membre într-o manieră satisfăcătoare, însă pot fi mai bine realizate la nivelul Uniunii.”⁴⁰

Protocolul nr. 2 referitor la aplicarea principiului subsidiarității și proporționalității impune tuturor instituțiilor sarcina de a veghea la respectarea acestor principii.

Subsidiaritatea este un concept dinamic care trebuie aplicat, pe de o parte, în lumina obiectivelor prevăzute de tratat care ar permite extinderea acțiunilor Uniunii, în limitele competențelor sale, în măsura în care circumstanțele o cer și, pe de altă parte, acest principiu limitează și pune capăt unor acțiuni în măsura în care acestea „nu se mai justifică”⁴¹.

Partajarea competențelor în UE corespunde filosofiei sistemului normativ european care se bazează pe complementaritatea dintre dreptul național și cel european. Astfel, competențele pot fi clasificate după mai multe criterii.

1. Potrivit TFUE și jurisprudenței CJUE, *după întinderea și natura* acestora⁴², competențele atribuite Uniunii se împart în:

- a) competențe de control și competențe de acțiune;
- b) competențe de tip internațional și competențe de tip intern, statal.

Competențele de control se referă la competența generală de a controla executarea tratatelor, care în mod special îi revine Comisiei Europene (art. 258 TFUE)⁴³. CJUE își exercită controlul asupra Comisiei, în cazul îndeplinirii funcției de supraveghere a aplicării dreptului Uniunii (art. 17 TUE)⁴⁴. De asemenea, în anumite cazuri special, tratatele conferă instituțiilor Uniunii o competență derivată, de autorizare, prin care aprobă sau refuză actele adoptate de către statele membre (art. 42, 130, 131 TFUE)⁴⁵

Competențele de acțiune se referă la domeniile în care Uniunea este abilitată să întreprindă acțiuni de sprijinire, coordonare sau completare a acțiunii statelor membre, fără a înlocui însă prin aceasta competența lor în aceste domenii (art. 2 alin. (5)

³⁹ *Tratatul de la Maastricht*, semnat la 7 februarie 1992, intrat în vigoare la 1 noiembrie 1993. Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale al Comunităților Europene, 1992.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ P. Manin, *Droit constitutionnel de l'Union Européenne*, Pedone, Paris, 2004, p. 107.

⁴² R. Bercea, *op. cit.*, p. 90.

⁴³ *Versiune consolidată a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene*.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (vizitat 10.09.2017).

⁴⁴ *Tratatul de la Maastricht*, semnat la 7 februarie 1992, intrat în vigoare la 1 noiembrie 1993. Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale al Comunităților Europene, 1992.

⁴⁵ *Versiune consolidată a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene*.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (vizitat 10.09.2017).

TFUE)⁴⁶. Spre exemplu, în temeiul art. 6 TFUE Uniunea are dreptul de a desfășura acțiuni de sprijinire, de coordonare sau completare ale acțiunii statelor membre în următoarele domenii: a. protecția și îmbunătățirea sănătății; b. industria; c. cultura; d. turismul; e. educația; f. protecția civilă; g. cooperarea administrativă⁴⁷.

Competențele internaționale ale UE sunt reprezentate de:

- *puterea de informare și consultare*, iar un exemplu relevant în poate fi art. 28 TUE care menționează: „În cazul în care o situație internațională impune o acțiune cu caracter operativ din partea Uniunii, Consiliul adoptă deciziile necesare,” precizând în alin. 3 că: „orice luare de poziție sau acțiune națională avută în vedere în temeiul unei decizii menționate la alin. 1 face obiectul unei informări din partea statului membru în cauză, într-un termen care să permită, în cazul în care este necesar, realizarea unui acord prealabil în cadrul Consiliului”.

- *puterea de coordonare a politicilor și a comportamentelor statelor membre*, caracterizată de art. 5 TFUE care stabilește că statele membre își coordonează politicile economice în cadrul UE. Astfel, Uniunea ia măsuri pentru a asigura coordonarea politicilor de ocupare a forței de muncă ale statelor membre și, în special, prin definirea orientărilor acestor politici, adoptând inițiative pentru a asigura coordonarea politicilor sociale ale statelor membre⁴⁸.

Este important de menționat că această competență poate fi exercitată, atât prin intermediul recomandărilor, care nu impune statele membre la o anumită conduită, cât și prin intermediul unei directive, care leagă statele membre destinate în privința rezultatului de atins, lăsând la discreția acestora doar posibilitatea de a alege forma și mijloacele de implementare ale directivei.

Competențele de tip intern oferă Uniunii posibilitatea de a-și exercita puterea direct asupra cetățenilor statelor membre prin intermediul:

- *regulamentelor*, ce reprezintă voința legislativă a UE;
- *deciziilor*, adoptate de Consiliu sau Comisie;
- *acordurilor internaționale*, care, potrivit art. 216 TFUE, UE le încheie cu state terțe sau organizații internaționale și au forță juridică pe teritoriul statelor membre⁴⁹;
- *acorduri speciale* cu țările învecinate, potrivit art. 8 TUE, prin care Uniunea dezvoltă relații privilegiate, în vederea stabilirii unui spațiu de prosperitate, bună vecinătate și cooperare.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Versiune consolidată a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene*.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (vizitat 10.02.2017).

⁴⁹ *Tratatul de la Maastricht*, semnat la 7 februarie 1992, intrat în vigoare la 1 noiembrie 1993. Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale al Comunităților Europene, 1992.

2. *După tehnica de atribuire a competențelor*, în doctrină s-a conturat următoarea clasificare a competențelor UE:

- a) competențe exprese (explicite);
- b) competențe subsidiare (complementare)⁵⁰;
- c) competențe implicite (de prelungire).

Competențe exprese. Anterior Tratatului de la Lisabona, tratatele comunitare prezentau competențele sub forma unor obiective de atins, de acțiuni de întreprins sau funcții de îndeplinit⁵¹. Atribuirea de competență se făcea potrivit unui demers funcțional și într-o perspectivă preponderent economică⁵². Odată cu adoptarea Tratatului de la Lisabona se face o delimitare expresă între competențele statelor membre și cele ale Uniunii potrivit principiului atribuirii, în condițiile art. 5 TUE⁵³.

Competențele implicite se referă la acele competențe care nu sunt expres atribuite, dar care sunt indispensabile îndeplinirii, în modul cel mai complet a sarcinilor conferite instituțiilor UE, în măsura în care ele sunt necesare realizării scopurilor fixate prin actele institutive⁵⁴. CJUE a recunoscut expres că „competența prin care UE își asumă angajamente externe poate să rezulte nu numai dintr-o atribuție expres prevăzută în tratat, ci de o manieră implicită din aceste dispoziții”⁵⁵.

Competențele subsidiare reprezintă un mijloc de a extinde competențele funcționale a instituțiilor Uniunii la domenii de competență materială a Uniunii⁵⁶. În acest sens, art. 352 TFUE precizează următoarele: „În cazul în care o acțiune a Uniunii se dovedește necesară în cadrul politicilor definite în tratate, pentru a atinge unul din obiectivele menționate în tratate, fără ca acestea să fi prevăzut atribuțiile necesare în acest sens, Consiliul, hotărând în unanimitate la propunerea Comisiei și după aprobarea Parlamentului European, adoptă măsurile corespunzătoare”⁵⁷. Spre exemplu, prin intermediul regulamentelor, Consiliul impune, direct, obligații noi pentru statele membre sau pentru particulari, conferă exercitarea de noi puteri instituțiilor comunitare, poate crea organe noi și, mai ales, să le confere personalitate juridică.

⁵⁰ P. Manin P, *op. cit.*, p. 105.

⁵¹ R. Miga-Beșteliu, *Drept internațional public*, vol. 1, ed. 2, All Beck, București, 2010, p. 38.

⁵² G. Isaac, M. Blanquet, *Droit communautaire general*, 8 ed., Dalloz, Paris, 2001, p. 36.

⁵³ *Tratatul de la Maastricht*, semnat la 7 februarie 1992, intrat în vigoare la 1 noiembrie 1993. Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale al Comunităților Europene, 1992.

⁵⁴ I.N. Militaru, *Principiul atribuirii de competențe în Uniunea Europeană*. În: *Juridical Tribune*, Vol. 1, Issue 2, 2011, p. 38.

⁵⁵ *Tratatul de la Maastricht*, semnat la 7 februarie 1992, intrat în vigoare la 1 noiembrie 1993. Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale al Comunităților Europene, 1992.

⁵⁶ G. Olmi, *La place de l'article 235 CEE dans le système des attributions de compétence a la Communauté*. În: *Mélanges et l'honneur de Fernande Dehousse*. Paris, 1979, p. 279.

⁵⁷ *Versiune consolidată a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene*.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (vizitat 10.02.2017).

3. Cea mai semnificativă clasificare este cea făcută în *funcție de raporturile ce se stabilesc între competența națională a statelor membre și cele ale instituțiilor UE*. Această clasificare stabilește clar limitele exercițiului suveranității statelor membre, precum și cele ale exercitării autorității Uniunii. Această clasificare a fost făcută la propunerea lui Alain Lamassoure, odată cu prezentarea în Parlamentul European a „Raportului privind împărțirea puterilor între Uniunea Europeană și Statele Membre”⁵⁸, care mai apoi a fost consacrată în Tratatul de la Lisabona.

Astfel, Tratatul de la Lisabona clarifică repartizarea competențelor între UE și țările membre în trei categorii principale:

- a) competențe exclusive ale UE;
- b) competențe partajate cu statele membre;
- c) competențe de sprijin (suplimentare)⁵⁹.

Competențele exclusive a Uniunii sunt reglementate de art. 2 alin. (1), art. 3 TFUE și se referă la competențele exercitate într-un domeniu determinat, în care numai aceasta poate legifera și adopta acte cu forță juridică obligatorie⁶⁰. În aceste domenii statele membre pot legifera numai în cazul în care sunt abilitate de UE pentru punerea în aplicare a acestor acte.

Competența Uniunii este exclusivă în următoarele domenii:

- a. uniunea vamală;
- b. stabilirea normelor privind concurența, necesare funcționării pieței interne;
- c. politica monetară a statelor membre a căror monedă este euro;
- d. conservarea resurselor biologice ale mării în cadrul politicii comune privind pescuitul;
- e. politica comercială comună;
- f. încheierea unui acord internațional în cazul în care această încheiere este prevăzută de un act legislativ al Uniunii, ori este necesară pentru a permite Uniunii să-și exercite competențele interne, sau în măsura în care aceasta ar putea aduce atingere normelor comune sau ar putea modifica domeniul de aplicare al acestora⁶¹.

În categoria competențelor exclusive intră și o alta subcategorie numită competențe speciale.

⁵⁸ Provisional 2001/2024 (INI) – „Draft Report on the Division of Powers between the European Union and the Member States”, Committee on Constitutional Affairs, European Parliament, February 6, 2002.

⁵⁹ *Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene*, semnat la Lisabona, 13 decembrie 2007. JO C 306, 17.12.2007.

⁶⁰ *Versiune consolidată a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene*.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (vizitat 10.09.2017).

⁶¹ *Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene*, semnat la Lisabona, 13 decembrie 2007. JO C 306, 17.12.2007.

Competențele speciale se referă la măsurile luate doar de anumite instituții ale UE pentru a asigura coordonarea politicilor economice, sociale și de ocupare a forței de muncă ale țărilor membre la nivelul Uniunii⁶².

Politica externă și de securitate comună a UE se caracterizează prin particularități instituționale specifice, precum participarea limitată a Comisiei Europene și a Parlamentului European la procedura de decizie și la excluderea oricărei activități legislative. Această politică este definită și pusă în aplicare de către Consiliul European (alcătuit din șefii de stat sau de guvern ai țărilor UE) și de către Consiliu (alcătuit din reprezentanți la nivel ministerial ai fiecărei țări a UE). Președintele Consiliului European și Înalțul Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate reprezintă UE în aspecte legate de politica externă și de securitate comună.

Competențele partajate cu statele membre se exercită în domenii determinate, în care Uniunea și statele membre pot legifera și adopta acte obligatorii din punct de vedere juridic (art. 4 alin. (1) TFUE)⁶³. Statele membre își exercită competența în măsura în care Uniunea nu și-a exercitat-o sau a hotărât să înceteze să și-o mai exercite. Această ultimă situație poate să apară atunci când instituțiile UE competente hotărăsc să abroge un act legislativ, în special, pentru a garanta o mai bună respectare a principiilor subsidiarității și proporționalității.

Astfel, conform art. 4, alin. (2) TFUE competențele partajate între Uniune și statele membre se aplică în următoarele domenii principale:

- a. piața internă;
- b. politica socială, pentru aspecte definite de TFUE;
- c. coeziunea economică și socială;
- d. agricultura și pescuitul, cu excepția conservării resurselor biologice ale mării;
- e. mediul;
- f. protecția consumatorilor;
- g. transporturile;
- h. rețele transeuropene;
- i. energia;
- j. spațiul de libertate, securitate și justiție;
- k. obiectivele comune de securitate în materie de sănătate publică, pentru aspectele definite în TFUE⁶⁴.

Competențele de sprijinire, reglementate de art. 6 din TFUE, se referă la acele competențe în care UE nu poate să intervină decât pentru a sprijini, coordona sau

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Versiune consolidată a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene*.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (vizitat 10.09.2017).

⁶⁴ *Ibidem*.

completa acțiunea țărilor membre⁶⁵. Actele UE în aceste domenii nu sunt obligatorii din punct de vedere juridic și nu necesită armonizarea normelor juridice ale țărilor UE. Competențele de sprijinire sunt legate de următoarele domenii politice:

- a. protecția și îmbunătățirea sănătății umane;
- b. industria;
- c. cultura;
- d. turismul;
- e. educația, formarea profesională, tineretul și sportul;
- f. protecția civilă;
- g. cooperarea administrativă.

Este relevant faptul că competența UE are pondere în raport cu jurisdicția statelor membre, deoarece ea vizează sectoare întinse, unele vitale, ale societății, nici chiar domeniile de cooperare interguvernamentală nu se desprind din acest regim general de modelare față de UE, deoarece colaborarea se realizează în cadrul UE și potrivit obiectivelor acesteia, în cadrul politicii comune⁶⁶.

Relația dintre Uniune și statele ei membre este una de subordonare, acceptată de aceste state, angajate în mod explicit să acționeze pentru realizarea obiectivelor pe care aceasta le are în vederea „consolidării eficacității și a legitimității democratice a Uniunii și a îmbunătățirii coerenței acțiunii sale”⁶⁷. Această angajare necondiționată implică o cedare voluntară a exercițiului suveranității în domeniile de competență stabilite de normele tratatelor de constituire și funcționare a UE.

3. Concluzii

UE nu este o construcție care să presupună autoritatea supremă și suveranitatea unui singur demos constituțional, ci este o entitate bazată mai degrabă pe valoarea unei toleranțe constituționale. Uniunea se bazează pe o legitimitate de tip statal, în măsura în care înțelegem prin acest lucru faptul că statele membre UE, în mod liber și suveran, au dorit să creeze prin tratate institutive, această entitate politică, dar și faptul că aceste state sunt reprezentate prin cele două Consilii, la nivel european. Tratatul UE reflectă ideea că formarea Uniunii rezidă în voința suverană a statelor membre, ca puteri politice instituționalizate, și prin urmare nu poate fi contestată de popoarele acestor state. În temeiul suveranității partajate statele încheie acorduri care ar compromite suveranitatea lor de exercițiu pentru de a îmbunătăți substanța acesteia. În timp ce statele își păstrează capacitatea de a încheia acorduri

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ I.M. Anghel, *Suveranitatea statelor membre ale Uniunii Europene*. In: *Analele Universității „Constantin Brâncuși”*, 2010, nr. 2, p. 28.

⁶⁷ *Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene*, semnat la Lisabona, 13 decembrie 2007. JO C 306, 17.12.2007.

voluntare, ele își cedează autonomia prin punerea în comun a resurselor lor într-o organizație multilaterală sau angajamentele lor în respectarea unui tratat internațional, care devine mai apoi un instrument ce reglementează acțiunile colective internaționale.

Suveranitatea partajată duce doar la schimbări instituționale, la schimbarea componentei dinamice de exercițiu, fără a duce neapărat la schimbarea substanței suveranității; un stat poate renunța doar la careva atribuții inerente exercițiului suveranității în favoarea instituțiilor supranaționale, însă nu poate renunța în totalitate la suveranitatea pe care o are. Experiența UE a arătat ca transferul progresiv al unor competențe de stat ce pot fi gestionate în comun la nivel de Uniune, ca urmare a exercitării unei suveranități partajate, nu înseamnă diminuarea suveranității naționale, ci doar o limitare sau pierdere a unor atribute în exercitarea acesteia.

Principiul suveranității este *susținut* de principiul atribuirii de competențe (care poate fi privit ca un principiu de integrare, dintr-o perspectivă federalistă), deoarece principiul atribuirii de competențe are un singur destinatar (Uniunea) și o singură sursă (statul suveran). Delimitarea competențelor în UE nu este altceva decât limita de demarcație dintre zona exercitării autorității Uniunii și cea a exercitării suveranității statelor membre ale acesteia, în anumite cazuri aceste zone putând să se suprapună. Deoarece statele membre sunt cele care îi stabilesc, prin tratat competențe Uniunii, acest fapt constituie încă o dovadă a caracterului lor suveran care nu este înlăturat prin calitatea de membru al UE; Uniunea nu are „competența competențelor”, și prin urmare nu are un caracter suveran, nefiind „superioară” juridic ori politic, din punct de vedere al principiului suveranității, statelor membre. În acest context, suveranitatea este un atribut esențial statal și nu unul al Uniunii - deoarece Uniunea nu are competența de a își conferi singură competențe, nici exclusive, nici partajate cu statele membre.

VĂTĂMAREA CORPORALĂ DIN CULPĂ. CONTROVERSE ȘI INECHITĂȚI

*Prof. univ. dr. Tiberiu MEDEANU
Facultatea de Drept
Universitatea de Vest Timișoara*

Rezumat

Vătămarea corporală din culpă a fost reglementată în mod diferit în noul Cod penal, aspect care a creat controverse și inechități în administrarea probelor, accesul la justiție și durata proceselor.

Principala problemă o reprezintă împrejurarea că majoritatea faptelor din aceasta categorie întrunesc condițiile pentru a fi infracțiuni numai dacă sunt necesare mai mult de 90 de zile de îngrijiri medicale pentru vindecare.

Transferarea acestor fapte în sfera răspunderii civile are implicații nefavorabile sub mai multe aspecte, prejudiciind în mod frecvent persoanele vătămăte.

Este analizat un caz de această natură, în care s-au produs erori medico-legale și judiciare, nefiind finalizat, deși au trecut cinci ani de la producerea accidentului.

Cuvinte-cheie: vătămare corporală din culpă; controverse; inechități; accesul la justiție.

Personal injury negligence. Controversy and just tow

Abstract

Personal injury negligence was regulated differently in the new Criminal Code, aspect that created controversies and inequities in the administration of the samples, access to justice and the length of proceedings.

The main problem is the circumstance it is the circumstance that most of the facts in this category I meet the conditions to be crimes only if more than 90 days are required of medical care for healing.

Transferring these facts into the sphere of civil liability has unfavorable implications in several aspects, frequently injuring the injured person.

A case of this kind is also being considered, in which there have been forensic errors and judiciary, not finalized, although five years have passed since the accident occurred.

Keywords: *personal injury*; keywords: controversy; inequities; access to justice.

1. Inechităţi și dificultăți determinate de actuala reglementare.

În „*Expunerea de motive la noul Cod penal*” se face referire la necesitatea modificării conținutului infracțiunii de vătămare corporală din culpă¹ pentru simplificarea reglementării și pentru corelarea cu infracțiunea de ucidere din culpă.

Simplificarea textului incriminator este numai aparentă, deoarece numărul alineatelor este egal cu cel din anterioara reglementare, apărând totodată controverse și inechități în legătură cu unele prevederi referitoare la conținutul infracțiunii.

Astfel, subiectul activ al formei tip din noua reglementare nu este calificat, dar pentru existența sa se cere condiția esențială ca acesta să se afle sub influența băuturilor alcoolice ori a unei substanțe psihoactive, sau în desfășurarea unei activități ce constituie prin ea însăși infracțiune. Oricare din aceste trei situații pot genera dificultăți în activitatea practică din mai multe considerente, printre care se situează dificultatea probării acestor aspecte.

Un alt aspect îl reprezintă discrepanța dintre situațiile reglementate de alineatele 1) și 2) al acestui articol. Astfel, dacă făptuitorul se află sub influența băuturilor alcoolice ori a unei substanțe psihoactive sau în desfășurarea unei activități ce constituie prin ea însăși infracțiune, fapta de lovire sau alte violențe prin care se produc leziuni traumatice sau s-a afectat sănătatea unei persoane, care necesită îngrijiri medicale până la 90 de zile, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă. Limita maximă a pedepsei este redusă în raport cu pericolozitatea faptelor care necesită îngrijirile medicale spre limita maximă stabilită de acest alineat, în raport și cu starea în care se găsește făptuitorul.

Pe de altă parte, dacă făptuitorul nu se găsește în situațiile enumerate în alineatul 1) fapta constituie infracțiune numai dacă sunt necesare mai mult de 90 de zile pentru vindecare. Se observă că principalul criteriu de delimitare dintre alineatul 1) și 2) îl reprezintă limita de 90 de zile necesare pentru îngrijiri medicale, spre deosebire de anteriorul Cod penal, în care încadrarea juridică era diferențiată în funcție de îngrijirile medicale de 10, 20 sau 60 de zile².

¹ Codul penal publicat în M. Of. nr. 510/2009, în vigoare din 1 februarie 2014, art. 196.

² Codul penal din anul 1968, art. 184.

Acordarea a peste 90 de zile de îngrijiri medicale presupune existența unor leziuni foarte grave, cum sunt fracturile de bazin sau coloana vertebrală ori traumatismele craniene grave.

Prin actuala reglementare se lasă fără protecție penală majoritatea victimelor accidentelor de circulație, accidentelor de muncă ori a altor fapte comise din culpă, întrucât este extrem de redus numărul celor care necesită mai mult de 90 de zile de îngrijiri medicale.

Transferarea acestor fapte în sfera răspunderii civile are implicații nefavorabile sub aspectul administrării probelor, accesului la justiție și celerității proceselor.

Administrarea probelor este deficitară în unele situații, deoarece organele de poliție estimează că nu se va îndeplini criteriul referitor la numărul zilelor de îngrijiri medicale și realizează superficial cercetarea la locul faptei, ridicarea unor probe și identificarea martorilor. Disponerea expertizelor tehnice, criminalistice sau medico-legale este evitată în cazurile de această natură, pentru a nu se achita din fondurile organelor judiciare. Identificarea și ascultarea martorilor nu se realizează cu promptitudine, iar în unele cazuri nu se declanșează nici procedurile pentru ascultarea făptuitorilor.

Accesul la justiție este limitat parțial din cauza dificultăților procedurale și a costurilor ridicate pe care le presupune un proces civil. Nu poate fi ignorat faptul că majoritatea persoanelor accidentate au dificultăți în privința informării, deplasării, identificării și evaluării probelor, achitării taxelor judiciare, suportării costului expertizelor, onorariilor avocațiale etc.

Fapta de vătămare corporală din culpă reglementată de Codul penal anterior permitea ca acțiunea civilă să fie alăturată acțiunii penale, astfel că persoana vătămată beneficia de administrarea din oficiu a probelor pentru stabilirea existenței faptei și a vinovăției inculpatului și scutirea de plata taxei judiciare de timbru.

Sub aspectul taxelor judiciare este relevant faptul că unele instanțe au solicitat achitarea acesteia și în situația faptelor comise înaintea intrării în vigoare a noului Cod penal, pentru cazurile în care nu fuseseră acordate îngrijiri medicale mai mari de 90 de zile. După mai mult de un an de la intrarea în vigoare a noului Cod penal, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate, contrar opiniei instanței care a sesizat-o³, și a decis că sunt scutite de la plata taxei judiciare de timbru acțiunile și cererile referitoare la despăgubirile civile pentru prejudiciile materiale și morale decurgând dintr-o cauză penală în condițiile în care fapta cauzatoare de prejudiciu, la momentul săvârșirii acesteia, era prevăzută ca infracțiune⁴.

Unele instanțe au apreciat că după intrarea în vigoare a noului Cod penal recuperarea pe cale civilă a unui prejudiciu pentru vătămarile corporale din culpă care

³ Judecătoria Buzău, dosarul nr. 13.470/200/2014.

⁴ Curtea Constituțională, decizia nr. 387 din 27 mai 2015 publicată în M. Of. nr. 555 din 27 iulie 2015.

nu determină îngrijiri medicale de peste 90 de zile, necesită plata taxei judiciare de timbru în funcție de valoarea pretenției deduse judecătii.

Sub aspect probatoriu, conform art. 249 din noul Cod de procedură civilă, sarcina probei revine în întregime persoanei care a suferit prejudiciul, astfel încât acesta trebuie să demonstreze existența faptei ilicite, vinovăția, existența unui prejudiciu și legătura de cauzalitate dintre acestea pentru a putea fi angajată răspunderea civilă delictuală. Acestea determină cheltuieli pe care persoanele accidentate sau urmașii acestora nu le pot suporta, cum sunt cele determinate de expertize, avocați, tratamente, deplasări etc.

Celeritatea proceselor este grevată de parcurgerea cu dificultate a fazei cercetărilor penale, în special în cazurile incerte, în care apar complicații ale afecțiunilor medicale care pot proveni din accident.

În doctrină au fost exprimate opinii critice cu privire la actuala reglementare, sub aspectul numărului zilelor de îngrijiri medicale necesare pentru vindecare⁵.

2. Erori și tergiversări în soluționarea unui accident de circulație.

Partea vătămată S.E.A. a fost accidentată în data de 8 mai 2012 pe o trecere de pietoni, de autoturismul condus de numita A.I. Aceasta a fost trimisă în judecată la data de 9 decembrie 2013 pentru săvârșirea infracțiunii de vătămare corporală din culpă, prevăzută de art. 184 alin. 2 și 4 din Codul penal anterior⁶.

Persoana vătămată a suferit politraumatisme, cele mai grave constând în: fractură cominutivă la umărul stâng cu deplasare; fractură în zona parietală dreapta; edem cerebral; traumatism cranio-cerebral acut deschis; multiple plăgi excoriante faciale; contuzie toraco-abdominală. A fost supusă unei intervenții chirurgicale pentru luxația scapulo-humerală. Din cauza unor complicații postoperatorii, după două luni de la accident a fost internată la altă clinică, fiind extrasă tija introdusă în zona fracturii.

Institutul de Medicină Legală Timișoara a întocmit mai multe expertize medico-legale⁷, prin care a prelungit numărul zilelor de îngrijiri medicale de la 70 la 100 de zile. Acestea au fost avizate fără obiecțiuni de Comisia de avizare și control a actelor medico-legale din cadrul acestei instituții⁸.

Inculpata a recunoscut comiterea faptei la termenul din 29 ianuarie 2014, în modalitatea reținută prin rechizitoriu și a însușit probele administrate în faza de

⁵ Constantin Duvac, *Drept penal, partea specială*, vol. 1, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 86.

⁶ Parchetul de pe lângă Judecătoria Timișoara, rechizitoriu nr. 5993/P/2012.

⁷ Certificat medico-legal nr. 815/2012; Raport de expertiză nr. 1944/2012; Raport de expertiză cu examinarea persoanei nr. 242/2014; Raport de nouă expertiză medico-legală nr. 877/1.07.2014; Raport de nouă expertiză nr. 3/13.03.2015; Raport de nouă expertiză nr. 3/13.03.2015; Raport de nouă expertiză nr. 3/22.04.2015.

⁸ Avizele nr. 877/E2/16.07.2014; nr. 3/E2/08.04.2015 și nr. 3/E2/22.04.2015.

urmărire penală, conform prevederilor art. 320¹ din Codul de procedură penală în vigoare la aceea dată, referitor la procedura simplificată.

Deși nu existau opinii contrare în actele medico-legale, la termenul din 29 aprilie 2015 instanța a trimis documentația medicală la Comisia Superioară din Institutul Național de Medicină Legală „Mina Minovici”, pentru a stabili: *„Dacă numărul de 100 zile de îngrijiri medicale a fost corect stabilit; dacă acest număr de zile de îngrijiri medicale s-a datorat numai accidentului rutier din data de 08.05.2012, sau evoluția necorespunzătoare s-a datorat și nerespectării sau neefectuării de către partea civilă a procedurilor de recuperare prescrise și/sau faptului că tija utilizată ca material de osteosinteză a fost prea lungă față de caracteristicile și necesitățile acesteia”*.

Comisia Superioară Medico-Legală, a opinat că vindecarea ar fi intervenit după aproximativ 65-70 de zile dacă s-ar fi ales ca mijloc de osteosinteză o plăcuță cu șuruburi sau o tijă centromedulară rigidă de humerus introdusă cu focar închis, dar a menționat că nu se cunoaște dacă acestea se aflau în dotarea Secției de Ortopedie a Spitalului Județean Timișoara la acea dată. A mai exprimat opinia că evoluția necorespunzătoare s-a datorat și neefectuării tratamentului de recuperare pe toată perioada recomandată. În final s-a menționat că timpul de îngrijiri medicale a totalizat 100 de zile. Deși instanța nu a solicitat o opinie în privința raportului de cauzalitate, în partea finală a Avizului se face o afirmație nefundamentată și nelegală, în sensul că *„Nu se poate stabili o legătură de cauzalitate între prelungirea numărului de zile de îngrijiri medicale și accidentul rutier”*⁹.

Instanța a luat în considerare numai concluziile din acest document, fără să motiveze înlăturarea celorlalte probe, dispunând achitarea inculpatei pentru infracțiunea prevăzută de art. 196 alin. 2 Cod penal, cu aplicarea art. 5 Cod penal, fapta fiind dezincriminată, deoarece noul Cod penal stabilește cel puțin 90 de zile de îngrijiri medicale pentru existența infracțiunii de vătămare corporală din culpă¹⁰.

În luna februarie 2016 au fost respinse apelurile declarate de partea vătămată și de Parchetul de pe lângă Judecătoria Timișoara, deși sentința este netemeinică și nelegală sub aspectul înlăturării raportului de cauzalitate dintre accident și numărul zilelor de îngrijiri medicale necesare pentru vindecare¹¹.

Partea vătămată a formulat acțiune civilă la instanța din zona în care se găsea sediul central al societății de asigurare¹², iar persoana care a cauzat accidentul a avut numai calitatea de intervenientă.

⁹ Comisia Superioară Medico Legală, Avizul nr. E1/4378/2015.

¹⁰ Judecătoria Timișoara, Sent. pen. nr. 2.587 din 27 octombrie 2015.

¹¹ C. Ap. Timișoara, s. pen., Dec. nr. 157 din 4 februarie 2016.

¹² Tribunalul București, Secția a VI-a civilă, dosar nr. 18.606/3/2016.

Soluția instanței de fond a fost pronunțată în anul 2017, la aproape 5 ani de la survenirea accidentului¹³, iar despăgubirile acordate au fost reduse în raport cu leziunile și cu durata procesului¹⁴.

Deși au trecut peste 6 luni de la pronunțarea soluției, aceasta nu a fost motivată și comunicată, astfel că apelul nu a putut fi declarat.

În acest ritm se estimează că procesul civil va fi finalizat la mai mult de 7 ani de la producerea accidentului. În această perioadă persoana vătămată nu a beneficiat de nici un ajutor financiar, deși a fost privată o perioadă de posibilitatea de a munci și a avut numeroase cheltuieli cu procesele, intervențiile medicale și cu tratamentul de recuperare.

Pe de altă parte, persoana vinovată de accident nu mai este afectată în nici un mod, deoarece prejudiciul va fi recuperat de la societatea de asigurări.

3. Concluzii

Modificarea conținutului infracțiunii de vătămare corporală din culpă prin mărirea excesivă a numărului zilelor necesare pentru atragerea răspunderii penale, determină dificultăți în soluționarea cauzelor de această natură și nu asigură protecție corespunzătoare persoanelor accidentate. Probele nu mai sunt descoperite și administrate corespunzător în toate cauzele, procesele durează extrem de mult, persoanele accidentate au dificultăți financiare, iar persoanele vinovate ies din sfera răspunderii penale și civile. Îngrijiri medicale de peste 90 de zile pentru vindecare se obțin extrem de rar, astfel că majoritatea faptelor sunt soluționate prin proceduri de natură civilă.

Această modalitate de sancționare nu contribuie la prevenirea accidentelor de circulație și a altor fapte de vătămare corporală din culpă, a căror număr este extrem de mare în România.

Pentru remedierea acestor deficiențe ar fi necesară modificarea conținutului acestei infracțiuni, pentru a se reveni la sancționarea în forma specifică anteriorului Cod penal sau la o reglementare apropiată, prin care să se extindă sfera răspunderii penale.

¹³ Tribunalul București, Secția a VI-a civilă, Hotărârea nr. 1287 din 12 aprilie 2017.

¹⁴ Societatea de asigurări pârâtă a fost obligată să plătească reclamantei suma de 6.979 lei cu titlu de daune materiale și suma de 40.000 lei cu titlu de daune morale.

APLICAREA PRINCIPIULUI PRECAUȚIEI ÎN DOMENIUL PROTECȚIEI HABITATELOR NATURALE. DIN JURISPRUDENȚA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

*Ramona DUMINICĂ**

*Facultatea de Științe Economice și Drept
Universitatea din Pitești, România*

Rezumat

Situat la intersecția dintre morală, drept și politică, principiul precauției a luat naștere din necesitatea de a preveni efectele negative ce pot fi cauzate mediului prin diverse activități umane, mai ales atunci când datele științifice nu reflectă exact consecințele ce pot fi produse de aceste activități. În astfel de situații, decizia de mediu trebuie să fie în sensul neînțelegerii activității în cauză întrucât pericolul degradării mediului este prea mare pentru a se risca o decizie care ulterior se va dovedi eronată. Rolul acestui principiu a fost reiterat relativ recent de Curtea de Justiție a Uniunii Europene prin hotărârile pronunțate în cauzele C-399/14 Grüne Lige Sachsen v Freistaat Sachsen și C-387/15 și C-388/15 Orleans v Vlaams Gewest în domeniul protecției habitatelor naturale, cauze ce urmează a fi analizate în cadrul prezentului articol.

Cuvinte-cheie: protecția mediului, principiul precauției, Directiva 92/43/CEE privind conservarea habitatelor naturale și a speciilor de faună și floră sălbatică, jurisprudența CJUE.

*The application of the principle of precaution in the area
of the conservation of natural habitats*

Abstract

Located at the intersection between morals, law and politics, the principle of precaution emerged from the need to prevent the negative effects for the environment generated by human activities, especially when the scientific data does

* duminica.ramona@gmail.com

*not exactly point the consequences which may be generated by those activities against the environment. In such cases, the environment decision must rule in the meaning of non-initiating the activity in case because the environmental danger is too high to risk a decision which subsequently will prove to have been wrong. The role of this principle has been relatively recent reiterated by the European Union Court of Justice by the decisions ruled in the cases C-399/14 *Grüne Lige Sachsen v Freistaat Sachsen*, C-387/15 and C-388/15 *Orleans v Vlaams Gewest* in the area of the conservation of natural habitats, cases which shall be analyzed in the current paper.*

Keywords: environment protection, principle of precaution, Council Directive 92/43/EEC on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, EUCJ's jurisprudence.

1. Aspecte generale privind principiul precauției

1.1. Geneza principiului precauției

În societatea contemporană, așa cum ne demonstrează și ultimele evenimente meteorologice extreme care au afectat inclusiv țara noastră, constituie o realitate de necontestat faptul că echilibrul miraculos din natură, armonia dintre ecosisteme se află în pericol. Nu se mai poate ignora faptul că succesele dezvoltării economice, ale științelor și tehnologiilor, remarcabile de altfel, au contribuit la afectarea acestui echilibru. Principiul precauției a luat astfel naștere din necesitatea de a impune o atitudine nouă, atât individuală, cât și colectivă, în fața amenințărilor moderne adresate mediului. Deși, formulat inițial doar la nivel teoretic și considerat mai mult o ficțiune juridică, în prezent joacă un rol important în lupta împotriva poluării mediului. În acest sens, s-a arătat² că principiul precauției a invadat sfera juridică și socială, pătrunzând atât în dreptul internațional, cât și în cel unional și în legislațiile naționale ale diverselor state cu o rapiditate nemaivăzută în istoria dreptului.

Înainte de a se bucura de o reglementare la nivel de convenție internațională, principiul a fost consacrat pentru prima dată în 1974 de legislația Germaniei, în contextul demersurilor întreprinse pentru diminuarea poluării aerului. Ulterior, a fost formulat la nivel internațional de Organizația Economică pentru Cooperare și Dezvoltare în 1987 și în cadrul celei de-a doua Conferințe internaționale asupra protecției Mării Nordului de Londra din același an. Astfel, primele încercări de conturare a conținutului principiului precauției se identifică în materia luptei împotriva

² D. Anghel, *Răspunderea juridică privitoare la protecția mediului. Privire specială asupra răspunderii civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 81.

poluării marine, atât Convenția de la Londra din data de 30 noiembrie 1990 cu privire la poluarea cu hidrocarburi, cât și Convenția de la Paris din 22 septembrie 1992 pentru protecția mediului marin al Atlanticului de NE, făcând trimitere la acest principiu.

1.2. Consacrarea legislativă internațională, unională și națională

Consacrarea sa cu caracter universal s-a realizat însă prin Declarația Conferinței pentru Mediu de la Rio de Janeiro din 1992, sub forma principiului 15 care stabilește: *„în caz de risc de pagube grave ori inevitabile, absența certitudinii științifice absolute nu poate servi, ca pretext, pentru a amâna adoptarea unui măsuri efective privind prevenirea degradării mediului”*, regula preluată ulterior de numeroase acte internaționale bilaterale și multilaterale care au ca obiect protecția mediului (diversitatea biologică, schimbările climatice, deșeuri toxice, organisme modificate genetic ș.a.).

La nivelul legislației primare a Uniunii Europene, principiul precauției a fost consacrat inițial prin Tratatul de la Maastrich în 1992, iar în prezent este prevăzut de art. 191 alin. 2 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) conform căruia *„Politica Uniunii în domeniul mediului urmărește un nivel ridicat de protecție... aceasta se bazează pe principiile precauției și acțiunii preventive, pe principiul remedierii, cu prioritate la sursă, a daunelor provocate mediului și pe principiul „poluatorul plătește”*.

De asemenea, constituie documente importante pentru aplicarea practică a acestui principiu Comunicatul Comisiei Europene din anul 2000 și Rezoluția privind principiul precauției adoptată de Consiliul European de la Nisa din 2001, prin care se transmite statelor membre recomandarea de a pune în practică acest principiu.

Conform Comunicatului Comisiei Europene din anul 2000 *„principiul precauției poate fi invocat atunci când un fenomen, un produs sau un proces poate avea efecte periculoase, identificate printr-o evaluare științifică și obiectivă, iar această evaluare nu permite determinarea cu suficientă certitudine a riscului”*. Totodată, Comisia a arătat³ că aplicarea principiului precauției este întemeiată doar dacă sunt îndeplinite următoarele condiții prealabile, respectiv: identificarea potențialelor efecte negative; evaluarea datelor științifice disponibile; gradul de incertitudine științifică. În concretizarea practică a acestuia, sunt aplicabile regulile generale din materia gestionării riscurilor: proporționalitatea măsurilor adoptate cu nivelul de protecție dorit; nediscriminarea în aplicarea măsurilor; coerența măsurilor adoptate cu măsurile luate anterior în situații similare sau utilizând abordări similare; examinarea avantajelor și a costurilor în caz de acțiune sau inacțiune; revizuirea măsurilor în lumina progreselor științifice.

³ Comunicarea Comisiei privind principiul precauției [COM(2000) 1 final din 2 februarie 2000 (<http://eur-lex.europa.eu/>).

În dreptul național, principiul precauției în luarea deciziei este reglementat de O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului prin art. 3 lit. b), alături de principiul integrării cerințelor de mediu în celelalte politici sectoriale; principiul acțiunii preventive; principiul reținerii poluanților la sursă; principiul „poluatorul plătește”; principiul conservării biodiversității și a ecosistemelor specifice cadrului biogeografic natural.

Așa cum rezultă din interpretarea dispozițiilor menționate mai sus, principiul precauției se găsește în interdependență cu principiul prevenirii riscurilor ecologice și a producerii pagubelor, dar nu reduce la el întrucât prevenția implică o certitudine asupra unui fenomen, asupra consecințelor unei acțiuni sau inacțiuni, iar precauția presupune incertitudine, necunoaștere sau cunoaștere insuficientă a efectelor anumitor fenomene, procese, activități. Prin urmare, precauția presupune prevenirea unui eventual pericol pentru mediu și îndeamnă la luarea deciziilor cu maximă prudență și diligență pentru a se evita apariția cazurilor de poluare, de aceea, s-a susținut că, din perspectivă temporală, *„vorbim mai întâi despre precauție, apoi despre prevenire și într-un final, când măsurile de precauție și cele de prevenție au fost insuficiente și poluarea s-a produs, vorbim despre poluatorul plătește”*⁴.

În fine, fiind vorba de o regulă cu aplicare generală, obligația de precauție este utilizată în orice domeniu de activitate umană care poate să aducă atingere mediului înconjurător și prezintă importanță în stabilirea culpei persoanei ce urmează să răspundă pentru faptele prin care s-au cauzat pagube.

Culpa în cadrul principiului precauției ar corespunde unei diligențe insuficiente, neglijării examinării amănunțite a tuturor aspectelor diligenței până la epuizarea lor. Impunând o datorie de anticipare a riscurilor, o diligență dusă până la consecințele ei ultime, principiul redefiniște întinderea culpei⁵. Astfel, s-a arătat că „este culpabil cel care într-o situație de incertitudine sau de îndoială, cu privire la un risc cu consecințe grave asupra colectivității, nu adoptă o atitudine de precauție”⁶.

2. Aplicarea practică a principiului precauției.

Din jurisprudența CJUE în domeniul protecției habitatelor naturale

Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene este favorabilă principiului precauției, invocându-l și aplicându-l în mai multe hotărâri. Dintre cauzele din domeniul protecției habitatelor naturale, în care Curtea a făcut aplicarea acestui

⁴ Ileana Anca Dușcă, *La responsabilité préventive, essence de la responsabilité écologique*, Les Éditions Universitaires Européennes, Saarbrücken, Germania, 2014, p. 48.

⁵ C. Teleagă, *Principiul precauției și viitorul răspunderii civile delictuale*, în RRDM 1(3)/2004, p. 45.

⁶ Denis Mazeaud, *Responsabilité civile et précaution*, in Responsabilité Civile et Assurances, nr. 6 bis/2001, p. 74.

principiu, supunem atenției în cele ce urmează două cauze relativ recente, respectiv Cauza *Grüne Lige Sachsen v Freistaat Sachsen*⁷ și Cauza *Orleans v Vlaams Gewest*⁸. În principiu, referitor la interpretarea generală a Directivei habitate⁹, aceste decizii sunt în concordanță cu hotărârile pronunțate anterior în cazul *Briels*¹⁰ și *Sweetman*¹¹. Însă, se poate totuși observa o evoluție semnificativă în ceea ce privește importanța acordată de Curte principiului precauției, fiind afirmate mult mai clar regulile relevante în materie.

2.1. Cauza *Grüne Lige Sachsen v Freistaat Sachsen*

Cauza C-399/14 *Grüne Lige Sachsen v Freistaat Sachsen* - Hotărârea Curții (Camera a treia) - 14 ianuarie 2016 a avut ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene de către Bundesverwaltungsgericht (Curtea Administrativă Federală, Germania). Cererea a privit interpretarea articolului 6 alineatele (2)-(4) din Directiva 92/43/CEE a Consiliului din 21 mai 1992 privind conservarea habitatelor naturale și a speciilor de faună și floră sălbatică și a fost formulată în cadrul unui litigiu între *Grüne Liga Sachsen și alții*, pe de o parte, și *Freistaat Sachsen* (landul Saxonia), pe de altă parte, în legătură cu o decizie de aprobare a planurilor luată de autoritățile acestui land pentru construirea unui pod pe Elba la Dresda (Germania).

Referitor la dreptul Uniunii Europene aplicabil în speță, precizăm că primul considerent al Directivei habitate prevede „[...] *conservarea, protecția și îmbunătățirea calității mediului, inclusiv conservarea habitatelor naturale și a speciilor de faună și floră sălbatică, sunt obiective comunitare esențiale și de interes general, în conformitate cu articolul [191 TFUE]*”, iar al treilea considerent al acestei directive stabilește că „[...] *scopul său principal fiind să promoveze menținerea biodiversității luând în considerare aspectele economice, sociale, culturale și regionale, prezenta directivă contribuie la atingerea obiectivului mai general al dezvoltării durabile; [...] respectiva menținere a biodiversității presupune uneori menținerea sau chiar încurajarea activităților umane*”. De asemenea, art. 1 din Directivă definește la lit. k) situl de importanță comunitară [denumit în continuare «SIC»] ca fiind „*un sit care, în*

⁷ Hotărârea C.J.U.E din 14 ianuarie 2016, Cauza *Grüne Lige Sachsen v Freistaat Sachsen*, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10.

⁸ Hotărârea C.J.U.E din 21 iulie 2016, Cauza *Orleans v Vlaams Gewest*, Cauza C-387/15 și C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583.

⁹ Directiva 92/43/CEE a Consiliului din 21 mai 1992 privind conservarea habitatelor naturale și a speciilor de faună și floră sălbatică (Directiva habitate), JO L 206, p. 7, ediție specială, 15/vol. 2, p. 109.

¹⁰ Hotărârea C.J.U.E din 15 mai 2014, Cauza *Briels și alții v Minister van Infrastructuur en Milieu*, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330

¹¹ Hotărârea C.J.U.E din 11 aprilie 2013, Cauza *Peter Sweetman și alții împotriva An Bord Pleanála*, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220.

cadrul regiunii sau regiunilor biogeografice cărora le aparține, contribuie în mod semnificativ la menținerea sau readucerea unui habitat din anexa I sau a unei specii din anexa II la un stadiu corespunzător de conservare și, în același timp, la coerența sistemului Natura 2000 menționat la articolul 3, precum și/sau la menținerea diversității biologice a regiunii sau regiunilor biogeografice respective”, iar la lit. 1) se prevede că „aria specială de conservare înseamnă un [SIC] desemnat de către un stat membru prin acte administrative sau clauze contractuale, în care se aplică măsurile de conservare necesare pentru menținerea sau readucerea la un stadiu corespunzător de conservare a habitatelor naturale și/sau a populațiilor din speciile pentru care a fost desemnat respectivul sit.”

Dincolo de aceste prevederi, au relevanță în cauză art. 3 alin. 1¹², articolul 4 alin. 1, alin. 2 și alin. 5¹³ și art. 6 din Directiva habitate care stabilește: „(1) Pentru ariile speciale de conservare, statele membre adoptă măsurile de conservare necesare, inclusiv, după caz, planuri de gestionare adecvate, speciale sau incluse în alte planuri de dezvoltare, precum și actele administrative sau clauzele contractuale adecvate în conformitate cu necesitățile ecologice ale tipurilor de habitate naturale din anexa I sau ale speciilor din anexa II prezente pe teritoriul respectivelor situri. (2) Statele membre iau măsurile necesare pentru a evita, pe teritoriul ariilor speciale de conservare, deteriorarea habitatelor naturale și a habitatelor speciilor, precum și perturbarea speciilor pentru care au fost desemnate respectivele arii, în măsura în care perturbările respective ar putea fi relevante în sensul obiectivelor prezentei directive. (3) Orice plan sau proiect care nu are o legătură directă cu sau nu este necesar pentru gestionarea sitului, dar care ar putea afecta în mod semnificativ aria, per se sau în combinație cu alte planuri sau proiecte, trebuie supus unei evaluări corespunzătoare a efectelor potențiale asupra sitului, în funcție de obiectivele de conservare ale acestuia din urmă. În funcție de concluziile evaluării respective și în conformitate cu dispozițiile alineatului (4), autoritățile naționale competente

¹² Directiva habitate, art. 3 alin. 1: „Se instituie o rețea ecologică europeană coerentă, care să reunească ariile speciale de conservare, cu denumirea de Natura 2000. Compusă din situri care adăpostesc tipurile de habitate naturale enumerate în anexa I și habitatele speciilor enumerate în anexa II, această rețea permite menținerea sau, după caz, readucerea la un stadiu corespunzător de conservare în aria lor de extindere naturală a tipurilor de habitate naturale și a habitatelor speciilor respective”.

¹³ Directiva habitate, art. 4 alin. 1, alin. 2 și alin. 5: „Statele membre propun lista siturilor menționate în cadrul acestei dispoziții pe baza criteriilor stabilite în anexa III (etapa 1) la această directivă și a informațiilor științifice pertinente. Lista siturilor propuse trebuie transmisă Comisiei Europene în termen de trei ani de la notificarea aceleiași directive, însoțită de informații despre fiecare sit. Comisia stabilește, prin acord cu fiecare stat membru, un proiect de listă a SIC, pornind de la listele întocmite de statele membre și punându-le în evidență pe acelea care adăpostesc unul sau mai multe tipuri de habitate naturale prioritare sau specii prioritare. [...] De îndată ce este inclus în lista menționată la alineatul (2) paragraful al treilea, orice sit este supus dispozițiilor articolului 6 alineatele (2), (3) și (4).”

aprobă planul sau proiectul doar după ce au constatat că nu are efecte negative asupra integrității sitului respectiv și, după caz, după ce au consultat opinia publică. (4) Dacă, în ciuda unui rezultat negativ al evaluării efectelor asupra sitului și în lipsa unei soluții alternative, planul sau proiectul trebuie realizat, cu toate acestea, din motive cruciale de interes public major, inclusiv din rațiuni de ordin social sau economic, statul membru ia toate măsurile compensatorii necesare pentru a proteja coerența globală a sistemului Natura 2000. Statul membru informează Comisia cu privire la măsurile compensatorii adoptate. În cazul în care situl respectiv adăpostește un tip de habitat natural prioritar și/sau o specie prioritară, singurele considerente care pot fi invocate sunt cele legate de sănătatea sau siguranța publică, de anumite consecințe benefice de importanță majoră pentru mediu sau, ca urmare a avizului Comisiei, de alte motive cruciale de interes public major.”

În fapt, pe data de 25 februarie 2004, prezidiul guvernamental Dresda (Regierungspräsidium Dresden) a aprobat planurile pentru construirea podului rutier Waldschlösschenbrücke peste pajiștile de pe malul Elbei (Elbauen) și peste Elba la nivelul centrului orașului Dresda în temeiul unui studiu de impact asupra florei, a faunei și a habitatului realizat în luna ianuarie 2003 care a stabilit că proiectul de construire nu are efecte negative importante sau durabile asupra obiectivelor de preservare a sitului numit „valea Elbei între Schöna și Mühlberg”. În decembrie 2004, Comisia Europeană a inclus întreaga zonă valea Elbei între Schöna și Mühlberg, ca SIC, în lista prevăzută la articolul 4 din Directiva habitate. Însă, autoritățile germane printr-un regulament din octombrie 2006 au declarat situl menționat, cu excepția părții situate în centrul orașului Dresda, reprezentând pajiștile de pe malul Elbei, zonă specială de conservare a păsărilor sau a habitatelor acestora.

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht (Tribunalul Administrativ Superior din landul Saxonia) a respins atât acțiunea în anularea deciziei de aprobare a planurilor pentru construirea podului rutier Waldschlösschenbrücke, cât și cererea de măsuri provizorii în vederea împiedicării începerii lucrărilor, ambele formulate de Grüne Liga Sachsen, o asociație de protecție a naturii. Rezultatul a fost începerea construcției podului rutier în 2007 pe baza studiul de mediu realizat în 2003, construcție finalizată în 2013, podul fiind deschis traficului în același an. Asociația a formulat recurs în fața Bundesverwaltungsgericht (Curtea Administrativă Federală) care a considerat că judecarea cauzei cu care este sesizată implică în prealabil răspunsul la o serie de întrebări. Astfel, a adresat Curții de Justiție a Uniunii Europene următoarele întrebări preliminare¹⁴:

1. „*Articolul 6 alineatul (2) din Directiva habitate trebuie interpretat în sensul că un proiect de construire a unui pod, care nu are legătură directă cu gestionarea*

¹⁴ Hotărârea C.J.U.E din 14 ianuarie 2016, Cauza *Grüne Liga Sachsen v Freistaat Sachsen*, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10.

unui sit și care a fost aprobat înainte de includerea acestuia în lista SIC, trebuie să fie supus unei reevaluări a efectelor potențiale asupra sitului înainte de executarea sa în cazul în care includerea sitului în listă a avut loc după acordarea aprobării, dar înainte de începerea executării proiectului, iar înainte de aprobare s-a efectuat numai o evaluare preliminară a riscurilor?”

2. În cazul unui răspuns afirmativ la prima întrebare: Cu ocazia examinării ulterioare, autoritatea națională trebuie să respecte cerințele articolului 6 alineatele (3) și (4) din Directiva habitate și în cazul în care, ca măsură de precauție, a avut în vedere aceste cerințe la evaluarea preliminară a riscurilor?

3. În cazul unui răspuns afirmativ la prima întrebare și al unui răspuns negativ la a doua întrebare: Ce condiții trebuie impuse potrivit articolului 6 alineatul (2) din Directiva habitate în privința unei examinări ulterioare a aprobării date unui proiect și la ce moment trebuie să se raporteze examinarea?

4. În cadrul unei proceduri suplimentare, care urmărește îndreptarea unei erori constatate în privința unei examinări ulterioare potrivit articolului 6 alineatul (2) din Directiva habitate sau a unei evaluări a efectelor potențiale asupra sitului potrivit articolului 6 alineatul (3) din Directiva habitate, trebuie să se țină seama, prin modificarea criteriilor de evaluare, de faptul că construcția a fost finalizată și este dată în folosință, deoarece decizia de aprobare a planului este de imediată aplicare, iar procedura privind măsurile provizorii a fost respinsă fără posibilitate de recurs? Acest lucru este valabil și în privința evaluării ulterioare a soluțiilor alternative, necesară în cadrul unei decizii întemeiate pe articolul 6 alineatul (3) din Directiva habitate?”

În ceea ce privește prima întrebare, Curtea a arătat că „articolul 6 alineatul (2) din Directiva habitate trebuie interpretat în sensul că un plan sau un proiect care nu are legătură directă cu gestionarea unui sit sau nu este necesar pentru aceasta și care a fost autorizat, în urma unui studiu care nu întrunește cerințele articolului 6 alineatul (3) din această directivă, înainte de includerea sitului în discuție pe lista SIC trebuie să fie supus de către autoritățile competente unei examinări ulterioare a efectelor sale asupra acestui sit, dacă această examinare constituie singura măsură necesară pentru a evita ca executarea planului sau a proiectului menționat să cauzeze o deteriorare sau perturbări care pot avea un efect semnificativ în raport cu obiectivele acestei directive”.

Răspunsul Curții la a doua, respectiv a treia întrebare, a evidențiat faptul că articolul 6 alineatul (2) din Directiva habitate trebuie interpretat în sensul că dacă, în împrejurări precum cele din litigiul principal, o examinare ulterioară a efectelor asupra sitului în cauză ale unui plan sau ale unui proiect a cărui executare a început după includerea acestui sit pe lista SIC se dovedește necesară, această examinare trebuie efectuată în conformitate cu cerințele articolului 6 alineatul (3) din directivă, respectiv o asemenea examinare trebuie să țină seama de toate elementele existente

la data acestei includeri, precum și de toate efectele intervenite sau care pot interveni în urma executării totale sau parțiale a acestui plan sau a acestui proiect pe situl menționat ulterior acestei date.

Nu în ultimul rând, cu privire la cea de-a patra întrebare, Curtea a statuat că *„atunci când se realizează o nouă examinare a efectelor asupra sitului în cauză pentru remedierea unor erori constatate privind evaluarea prealabilă efectuată înainte de includerea acestui sit pe lista SIC sau privind examinarea ulterioară în temeiul articolului 6 alineatul (2) din Directiva habitate, deși planul sau proiectul a fost deja executat, cerințele unui control efectuat în cadrul unei asemenea examinări nu pot fi modificate pentru faptul că decizia de aprobare a acestui plan sau a acestui proiect era direct executorie, că a fost respinsă o cerere de măsuri provizorii și că această decizie de respingere nu mai era supusă căilor de atac. În plus, examinarea menționată trebuie să țină seama de riscurile de deteriorare sau de perturbări care pot avea un efect semnificativ, în sensul articolului 6 alineatul (2) menționat, și care au intervenit eventual ca urmare a realizării planului sau proiectului în discuție”*. În fine, Curtea a subliniat că articolul 6 alineatul (4) din Directiva habitate trebuie interpretat în sensul că cerințele controlului efectuat în cadrul examinării soluțiilor alternative nu pot fi modificate pentru faptul că planul sau proiectul a fost deja executat.

2.2. Cauza Orleans v Vlaams Gewest

Cauza C-387/15 și C-388/15 *Orleans v Vlaams Gewest* – Hotărârea Curții (Camera a șaptea) 21 iulie 2016) – a avut ca obiect cereri de decizie preliminară formulate în temeiul articolului 267 TFUE de Raad van State (Consiliul de Stat, Belgia). Respectivele cereri au vizat tot interpretarea articolului 6 alineatele (3) și (4) din Directiva habitate.

În prezenta cauză, sunt aplicabile primul¹⁵ și al treilea¹⁶ considerent din Directivă, definițiile date prin art. 1 lit. e), k), l) *stadiului de conservare a unui habitat natural, sitului de importanță comunitară și ariei speciale de conservare, precum și dispozițiile art. 2⁷, art. 3 alin. 1⁸ și art. 6 din același act*.

¹⁵ Directiva habitate, primul considerent: „[...] conservarea, protecția și îmbunătățirea calității mediului, inclusiv conservarea habitatelor naturale și a speciilor de faună și floră sălbatică, sunt obiective comunitare esențiale și de interes general, în conformitate cu articolul [191 TFUE].

¹⁶ Directiva habitate, al treilea considerent „[...] scopul său principal fiind să promoveze menținerea biodiversității luând în considerare aspectele economice, sociale, culturale și regionale, prezenta directivă contribuie la atingerea obiectivului mai general al dezvoltării durabile; [...] respectiva menținere a biodiversității presupune uneori menținerea sau chiar încurajarea activităților umane”.

¹⁷ Directiva habitate, art. 2: „(1) Obiectul prezentei directive este să contribuie la menținerea biodiversității prin conservarea habitatelor naturale și a speciilor de floră și faună sălbatică de pe

Litigiile principale privesc dezvoltarea unei părți a portului Antwerpen (Belgia), situat pe malul stâng al râului Escaut. Proiectul afectează situl Natura 2000 denumit „Estuarul râurilor Escaut și Durme de la granița olandeză până la Gent”, desemnat ca fiind o arie specială de conservare în special pentru tipul de habitat „estuar”. În speță, guvernul flamand a susținut că planul de dezvoltare regională a autorizat dezvoltarea portului împreună cu crearea de noi zone ecologice în altă parte menite să compenseze pierderea habitatelor protejate. Aceste noi zone vor fi create în altă parte a site – ului, înainte ca dezvoltarea să aibă loc și că afectarea ariilor preponderent naturale în PRDT nu ar constitui, așadar, o măsură compensatorie, ci o măsură de conservare, în sensul articolului 6 alineatul (1) din Directiva habitate.

Pe de altă parte, reclamanții din litigiile principale arată, în susținerea acțiunii în anulare, că un plan sau un proiect poate fi aprobat doar în măsura în care evaluarea corespunzătoare arată că acest plan sau acest proiect nu are efecte negative asupra integrității sitului în cauză. În aceste condiții, Raad van State (Consiliul de Stat) a suspendat judecarea cauzelor și a adresat Curții următoarea întrebare preliminară, care este formulată în termeni identici în fiecare dintre aceste cauze: *„PRDT conține dispoziții urbanistice de natură normativă care prevăd că dezvoltarea unor zone (afectate mai exact întreprinderilor portuare și conectate la cursuri de apă, la parcuri logistice, la infrastructurile căilor navigabile și la infrastructurile rutiere și de transport) în care se află resurse naturale (arii de un anumit tip de habitat natural sau habitat al unei specii, pentru care a fost desemnată respectiva arie specială de conservare), care contribuie la obiectivele de conservare ale respectivelor arii speciale de conservare, este posibilă numai după amenajarea unui habitat durabil în arii preponderent naturale (desemnate în zona Natura 2000) și după adoptarea unei decizii de către guvernul flamand după avizul prealabil al administrației flamande competente în domeniul conservării naturii care constată reușita amenajării durabile a ariilor preponderent naturale, decizie care trebuie să figureze în solicitarea certificatului de urbanism privind punerea în aplicare a afectărilor menționate. Aceste norme urbanistice și dezvoltarea pozitivă a ariilor*

teritoriul statelor membre în care se aplică tratatul. (2) În temeiul prezentei directive, se adoptă măsuri de menținere sau readucere la un stadiu corespunzător de conservare a habitatelor naturale și a speciilor de floră și faună sălbatică de importanță comunitară. (3) Măsurile adoptate în temeiul prezentei directive trebuie să țină seama de condițiile economice, sociale și culturale, precum și de caracteristicile regionale și locale”.

¹⁸ Directiva habitate, art. 3 alin. 1: „Se instituie o rețea ecologică europeană coerentă, care să reunească ariile speciale de conservare, cu denumirea de «Natura 2000». Compusă din situri care adăpostesc tipurile de habitate naturale enumerate în anexa I și habitatele speciilor enumerate în anexa II, această rețea permite menținerea sau, după caz, readucerea la un stadiu corespunzător de conservare în aria lor de extindere naturală a tipurilor de habitate naturale și a habitatelor speciilor respective”.

preponderent naturale pe care le prevăd pot fi luate în considerare la stabilirea eventualelor consecințe negative și/sau la evaluarea corespunzătoare în conformitate cu articolul 6 alineatul (3) din Directiva habitate sau trebuie să se considere că acestea pot constitui doar «măsură compensatorie» în sensul articolului 6 alineatul (4) din Directiva habitate, în măsura în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute în dispoziția menționată?»

CJUE, în formularea răspunsului, a plecat de la a sublinia că dispozițiile articolului 6 din Directiva habitate trebuie interpretate ca un ansamblu coerent în raport cu obiectivele de conservare. Prin urmare, alineatele (2) și (3) ale acestui articol au drept scop să asigure același nivel de protecție habitatelor naturale și habitatelor speciilor, iar alineatul (4) al articolului respectiv reprezintă doar o dispoziție derogatorie de la a doua teză a alineatului (3). Articolul 6 din directiva menționată clasifică măsurile în trei categorii: măsuri de conservare, măsuri de prevenire și măsuri compensatorii.

O măsură de prevenire este conformă cu articolul 6 alineatul (2) din Directivă numai în măsura în care se garantează că nu conduce la apariția niciunei perturbări susceptibile să afecteze în mod semnificativ obiectivele aceleiași directivei, în special obiectivele de conservare urmărite de aceasta. În consecință, în litigiile de față, nu-și găsesc aplicabilitatea alineatele (1) și (2) ale articolului 6 din Directiva habitate, ci doar alineatele (3) și (4).

Articolul 6 alineatul (3) din Directiva habitate reglementează o procedură de evaluare prin care se urmărește să se garanteze, prin intermediul unui control prealabil, ca un plan sau un proiect care nu are o legătură directă cu gestionarea sitului respectiv sau nu este necesar pentru gestionarea sa, dar care l-ar putea afecta în mod semnificativ pe acesta din urmă, să nu fie autorizat decât în măsura în care nu va avea efecte negative asupra integrității acestui sit¹⁹. De asemenea, Curtea, insistă în jurisprudența sa asupra împrejurării că evaluarea realizată în temeiul articolului 6 alineatul (3) din Directiva habitate nu poate să prezinte lacune și este necesar să cuprindă constatări și concluzii complete, precise și definitive, de natură să înlăture orice îndoială științifică rezonabilă cu privire la efectele lucrărilor preconizate asupra respectivului sit protejat. Nu în ultimul rând, Curtea a mai arătat că, în general, eventualele efecte pozitive ale dezvoltării unui nou habitat, care urmărește să compenseze reducerea ariei și a calității aceluiași tip de habitat de pe un sit protejat, sunt greu previzibile și, în orice caz, nu vor fi vizibile decât peste câțiva ani²⁰.

Fundamentându-și opinia în principal pe aceste considerente, Curtea a concluzionat că „*articolul 6 alineatul (3) din Directiva habitate trebuie interpretat în*

¹⁹ A se vedea: Hotărârea C.J.U.E din 11 aprilie 2013, Cauza *Peter Sweetman și alții împotriva An Bord Pleanála*, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220.

²⁰ A se vedea în acest sens: Hotărârea C.J.U.E din 15 mai 2014, Cauza *Briels și alții v Minister van Infrastructuur en Milieu*, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330, punctul 32.

sensul că măsurile cuprinse într-un plan sau un proiect care nu are legătură directă cu gestionarea unui sit de importanță comunitară sau nu este necesar pentru gestionarea sa, care au în vedere, anterior producerii unor efecte negative asupra unui tip de habitat natural prezent pe acesta, dezvoltarea viitoare a unei arii de acest tip, dar a căror finalizare va interveni ulterior evaluării caracterului semnificativ al efectelor negative eventuale asupra integrității sitului respectiv, nu pot fi luate în considerare cu ocazia acestei evaluări. Astfel de măsuri nu pot fi calificate, eventual, drept „măsuri compensatorii”, în sensul alineatului (4) al respectivului articol, decât în măsura în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute la acest alineat”.

3. Câteva concluzii cu privire la concretizarea principiului precauției

Cele două decizii abordate sunt în concordanță cu hotărârile pronunțate anterior în materie, dar ceea ce atrage atenția în mod deosebit este modul în care se accentuează rolul principiului precauției²¹. Mai mult, focusarea pe conservarea siturilor protejate și pe necesitatea realizării unei informări științifice precise demonstrează maniera profundă în care Curtea abordează în prezent principiul precauției²². Totodată, din considerentele Curții rezultă reticența față de crearea de habitate alternative, mai ales în cazul în care nu a fost încă realizată adecvarea acestora la necesitățile speciei respective.

Astfel, prin hotărârile în discuție, Curtea de la Luxemburg lămurește următoarele aspecte importante: includerea fermă a precauției în sfera de aplicare a art. 6; arată când este vorba de o evaluare adecvată, adică de evaluarea prevăzută de art. 6 alin. (3), apoi care este conținutul necesar al acestei evaluări, precum și ce rol are distrugerea unui mic procent din situl total în a decide dacă proiectul poate fi sau nu permis în temeiul directivei.

Referitor la primul aspect, Curtea a reafirmat cu maximă claritate, rămânând constantă în jurisprudența sa²³ că articolul 6 alineatul (3) din Directiva habitate include principiul precauției și permite prevenirea eficientă a efectelor negative asupra integrității siturilor protejate generate de planurile sau de proiectele vizate și că un criteriu de autorizare mai puțin strict decât cel prevăzut în dispoziția menționată

²¹ A se vedea în același sens și: Jonathan Verschuuren, *Shellfish for Fishermen or for Birds? Article 6 Habitats Directive and the Precautionary Principle*, în *Journal of Environmental Law*, Vol. 17, No. 2 (2005), pp. 265-283.

²² Emma Lees, *Concretising the precautionary principle in habitats protection*, în *Environmental Law Review*, Vol. 19, Issue 2/2017 p. 129; E. Scotford, *Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 147-154.

²³ Hotărârea C.J.U.E din 15 mai 2014, Cauza *Briels și alții v Minister van Infrastructuur en Milieu*, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330; Hotărârea C.J.U.E din 14 ianuarie 2016, Cauza *Grüne Lige Sachsen v Freistaat Sachsen*, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10, punctul 48.

nu poate garanta la fel de eficient realizarea obiectivului de protecție a siturilor urmărită prin dispoziția respectivă. Mai mult, aplicarea acestui principiu impune autorității naționale competente evaluarea efectelor proiectului asupra sitului în cauză având în vedere obiectivele de conservare a acestui sit și ținând cont de măsurile de protecție incluse în proiectul respectiv care urmăresc evitarea sau reducerea eventualelor efecte prejudiciabile cauzate în mod direct acestuia, pentru a se asigura că nu afectează integritatea sitului respective²⁴.

O examinare ulterioară a efectelor produse asupra unui sit de către un plan sau un proiect a cărui executare a început după includerea acestui sit pe lista SIC se dovedește necesară și trebuie efectuată cu respectarea cerințelor impuse de articolului 6 alineatul (3) din Directivă. Astfel, această examinare trebuie să țină cont de toate elementele existente la data acestei includeri, precum și de toate efectele intervenite sau care pot interveni în urma executării totale sau parțiale a acestui plan sau a acestui proiect asupra sitului menționat, ulterior acestei date. Mai exact, Curtea afirmă necesitatea unei evaluări adecvate ori de câte ori se dezvoltă informații noi, obligație care se menține și atunci când dezvoltarea a fost aprobată, în cazul în care circumstanțele se schimbă, ulterior aprobării, într-un mod care modifică datele care au justificat luarea inițială a deciziilor. Curtea a motivat că acest fapt rezultă atât din art. 6 alin. (3) și (4), dar și din art. 6 alin. (2) care reglementează obligația generală de a lua măsurile necesare pentru a evita, pe teritoriul ariilor speciale de conservare, deteriorarea habitatelor naturale și a habitatelor speciilor, precum și perturbarea speciilor pentru care au fost desemnate respectivele arii și care are un caracter continuu. Referitor la astfel de obligații permanente de revizuire a consimțământului dat, în literatura de specialitate s-a arătat că acestea „pot constitui o problemă în cazul în care, de exemplu, obținerea finanțării se poate realiza doar după ce a avut loc fost aprobarea proiectului sau obținut acordul pentru dezvoltare”²⁵.

În fine, referitor la distrugerea chiar și a unei mici părți a unui sit protejat, Curtea a fost categorică, arătând că o astfel de distrugere este interzisă de Directivă, cu excepția cazului în care se aplică art. 6 alin. (4). Prin urmare, noile habitate vor fi ignorate în cadrul unei evaluări privind distrugerea habitatului vechi. Acest punct de vedere rezultă din îmbinarea principiului conservării cu cel al precauției, laudabil de altfel pentru claritatea sa, poate fi perceput ca o frână în calea dezvoltării și inovării. Astfel, s-a susținut că printr-o asemenea abordare „C.J.U.E. poate bloca inovația și poate limita gradul în care dezvoltarea poate fi utilizată pentru finanțarea creării de noi habitate și pentru îmbunătățirea celor vechi”²⁶.

²⁴ Hotărârea C.J.U.E din 21 iulie 2016, Cauza *Orleans v Vlaams Gewest*, Cauza C-387/15 și C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583; Hotărârea C.J.U.E din 15 mai 2014, Cauza *Briels și alții v Minister van Infrastructuur en Milieu*, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330, punctul 28.

²⁵ Emma Lees, „Concretising the precautionary principle in habitats protection”, în *Environmental Law Review*, Vol. 19, Issue 2/2017, p. 130.

²⁶ *Ibidem*, p. 132.

Concluzionând, prin claritatea lor, hotărârile recente pronunțate de C.J.U.E. demonstrează eforturile susținute în sensul împiedicării desfășurării de activități ce ar putea submina obiectivele de conservare a siturilor protejate, mai ales în contextul în care datele științifice referitoare la efectele respectivelor acțiuni asupra zonelor în discuție nu sunt certe. Într-o perioadă în care Uniunea Europeană întâmpină dificultăți în atingerea obiectivelor privind biodiversitatea, aceste hotărâri sunt mai mult decât oportune.

IMAGINEA ANIMALULUI ÎN DREPT

Conf. univ. dr. **Diana DĂNIȘOR**
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept

Rezumat

Dacă doctrina recunoaște existența unui drept al animalelor ce poate fi definit ca ramură a dreptului care are drept obiect animalele sau care grupează regulile relative la animale, apar întrebări legitime relative la conținutul acestui drept și, în special, chestiunea de a ști dacă animalele sunt titulari de drepturi. Această chestiune, ridicată de filosofi și de juriști, nu și-a găsit răspunsul valabil în dreptul pozitiv. Ea nu poate fi disociată de o altă problemă, aceea a statutului juridic al animalelor.

Cuvinte-cheie: drept, oameni, lucruri, animale, titulari de drepturi și obligații

Abstract

If the doctrine recognizes the existence of an animal right that can be defined as a branch of the animal law or grouping the rules on animals, legitimate questions arise as to the content of that right and, in particular, the question of whether the animals are the owners of rights. This issue, raised by philosophers and lawyers, has not found the valid answer to the positive law. It can not be dissociated from another problem, that of the legal status of animals.

Keywords: law, people, things, animals, holders of rights and obligations

Istoric, animalitatea trimite la scheme de gândire negative. Interogația morală asupra tratamentului animalelor nu este una recentă, ea preocupă filosofii încă din antichitate, astăzi evoluția statutului juridic al animalului constituie semnul cel mai sigur al unei schimbări a mentalităților¹. Imaginea animalului în drept a urmat concepțiile filosofice, morale și religioase ale societății umane.

¹ Béatrice Canel-Depitre, *Considérations éthiques sur le marché de l'animal domestique*, 8ème Congrès «Tendances du marketing», Paris 2009, p. 4, <http://www.marketing-trends-congress.com/archives/2009/Materiali/Paper/Fr/CanelDepitre.pdf>.

Concepțiile filosofice despre animal

Animalele au exercitat întotdeauna o ciudată fascinație asupra omului, anumite epoci și anumite civilizații făcând din el chiar zei². Există alte religii care, grație în special dogmei metempsihozei, au acordat un loc important animalelor. Chiar și Dumnezeu creștin, după potop, a făcut pact nu doar cu oamenii, ci și cu animalele. Dar necesitatea și barbaria au pus de mult capăt acestor concepții.

Pentru filosofii antichității, diferența dintre om și animal nu este înțeleasă ca o opoziție suflet-mășină, deoarece pentru ei orice ființă vie (om sau animal) are în ea un principiu de viață și de mișcare (ceea ce grecii numeau „psyche”, iar noi traducem prin „suflet”, de la lat. „anima”, de unde derivă termenul „animal”). La greci, coabitează două curente de gândire, ambele trădând o preocupare morală în privința modului în care omul tratează animalul. Pentru curentul rațional, al cărui reprezentant este Aristotel și stoicii, ceea ce pare să conteze este doar interesul omului și cunoașterea științifică. Aristotel n-a emis niciodată nici cea mai mică remarcă cu privire la luarea în considerare a durerii animalelor. „...sufletul omului diferă de cel al animalului prin faptul că omul poate degaja noțiuni universale plecând de la percepții singulare”³ și poate accede astfel la veritabila cunoaștere conceptuală. Fără a proclama o ruptură clară între animal și om, deoarece le recunoaște animalelor facultatea de a lega senzațiile, Aristotel afirmă existența unei scări continue care se întinde de la inanimat până la ființele superioare dotate cu rațiune (zeii), trecând prin diferitele specii vegetale și animale, printre care și omul. Omul se înscrie în schema naturii ca „animal gânditor”, Aristotel făcând din el un „animal politic”⁴.

Pentru stoici, opoziția dintre natura animalului și cea a omului este și mai radicală. De la Chrysippe la Seneca, omul este capabil de acțiuni produse doar de rațiune, în timp ce animalul este constrâns de instinct, de necesitatea naturală. Chiar dacă și pentru ei animalul are un suflet (este capabil de senzații, de percepții, de suferințe și de bucurii), el este exclus din societatea ființelor raționale care cuprinde comunitatea umană și zeii. Pentru sceptici, nu avem îndatoriri decât pentru cei ce au îndatoriri față de noi, întreaga societate sprijinindu-se pe reciprocitatea drepturilor și obligațiilor. Conform acestei logici, deoarece animalele nu au nicio obligație față de noi, ele nu pot avea, în consecință, nici vreun drept⁵.

² Când se evocă zoolatria, țările la care ne gândim cel mai des sunt Egiptul și Asiria, deoarece ele ne-au lăsat cele mai frumoase opere de artă în acest sens, dar au existat multe altele care au practicat-o.

³ Encyclopédie de l'Agora, *Dossier animal*, Thierry Gontier, *L'homme et l'animal*. <http://agora.qc.ca/documents/animal-l'homme-et-l'animal-par-thierry-gontier>.

⁴ Politica, prima dintre științe, în concepția lui Aristotel, studiază omul ca *zoon politikon*. Vezi, în acest sens, Aristotel, *Politica*, traducere de El. Bezdechi, Ed. Cultura Națională, 1924. Reeditare Antet, 1996.

⁵ Jean-Baptiste Gourinat, « Introduction », dans *Le Stoïcisme*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2014. Vezi și definițiile lexicografice și etimologice la termenului „Stoicien”, în *Trésor de la langue française informatisé*, sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales.

Această disociere între om și animal a inspirat științei și teologiei argumentele necesare stabilirii unei diferențe-prăpastie între ele pentru a legitima dezvoltarea societăților umane într-o logică de superioritate în raport cu animalul.

Cel de-al doilea curent care dezvoltă teze mai favorabile animalelor, este reprezentat de Pitagora, Plutarh și Teofrast. Plutarh este unul dintre cei mai cunoscuți opozanți ai stoicismului⁶, redescoperirea acestuia în secolul al XVI-lea relansând în epoca modernă polemica disocierii omului și animalului. El se întreabă dacă omul nu este prea valorizat atunci când se plasează mai presus de animale, cele care arată o inteligență și o reflecție similare omului. Asupra naturii sufletului oamenilor și animalelor Plutarh afirmă că sufletul animalelor este virtuos, fără a fi nevoie ca ele să fie învățate virtutea: „Animalul știe cum să mănânce ceea ce trebuie să mănânce. În timp ce omul nu știe ce trebuie să mănânce (...)”⁷

Teofrast, întrebându-se despre înrudirea dintre om și animale, trage concluzia că sufletul omului și al animalului nu se disting fundamental, animalele fiind și ele capabile de reflecție⁸. El deduce de aici o obligație de justiție față de animale. Scepticismul este cel care apără, mai târziu, valorizarea animalului.

Lumea occidentală a fost dominată de concepția superiorității omului, preocuparea pentru animale nefiind importantă pentru religia creștină, în comparație cu alte religii (budismul, hinduismul și jainismul). Conform bisericii creștine, animalele erau lipsite de suflet, ceea ce le-a plasat într-o poziție de „sclavie”: nefiind înzestrate cu limbaj, ele nu au suflet, deci nici drepturi⁹. Lectura Bibliei poate fi realizată în două feluri: aceea a Genezei, în care îi este încredințată după potop lui Noe lumea animală și i se permite acestuia să dispună de ea după bunul plac; cea de-a doua lectură, aceea a lui Saint-François d'Assise, este cea care proclamă egalitatea creaturilor (oameni, astre, animale, plante) în fața lui Dumnezeu, în numele fraternității de viață care ne unește.

Cel care continuă tradiția sceptică, este Montaigne, cel care reduce distanța dintre om și animale, punând în valoare capacitățile acestora de a raționa¹⁰. El arată că omul nu este superior animalelor, deoarece și acestea sunt virtuozose și inteligente. „Datorăm dreptatea oamenilor și grația și benignitatea celorlalte creaturi care pot fi capabile de ele. Există o oarecare legătură între ele și noi, și anumite obligații reciproce.”¹¹ Rezultă că ceea ce-i datorez animalului nu este niciodată strict datorat și,

⁶ Anne Renon, *Sur Manger la chair: Traité sur les animaux*, Cahiers antispécistes, n° 23/2003.

⁷ Plutarque, *Manger la chair: Traité sur les animaux*, traduction d'Amyot, Préface de Serge Margel, Rivages poche / Petite Bibliothèque, Paris, 2002, p. 16.

⁸ Téophraste chez Porphyre, *De abstinentia (Abst.)*, II, 22-24.

⁹ Cu toate acestea, *animal* vine de la *anima*, suflet.

¹⁰ Michel Eyquem de Montaigne își dictează *Eseurile* în 1572 și publică în 1580 *Apologie de Raymond Sebond*, Livre II, chapitre 12.

¹¹ Montaigne, *Essais*, Livre II, chapitre II, De la cruauté, PUF, Paris, 1965.

cu toate acestea, afirmă Montaigne, dacă nu îi dau, înseamnă să nu-mi respect „obligățiile”. Chiar dacă între animal și noi nu există un veritabil raport de drept, îi datorăm animalului un tratament „uman” și binevoitor.

Descartes¹² va răspunde acestor teze de manieră categorică, neglijența față de animale atingând punctul critic odată cu teoria animalului-mașină ce permite neglijarea existenței durerii la animale și utilizarea lor după bunul plac. Această concepție își face apariția chiar în momentul în care știința occidentală inițiază o acțiune de stăpânire a lumii. Pentru nevoile cauzei, Descartes face din animal o mașină, o mecanică mai mult sau mai puțin elaborată, care nu poate încerca nici plăcere, nici suferință, nici durere. Asemenea unui orologiu, această mașină este demontabilă. În numele sublimei gândiri umane, el decide că animalul nu simte durerea, deci poate fi exploatat după bunul plac al omului, poate fi deci și torturat în numele științei: „Opinia mea nu este crudă față de animale, ci indulgentă față de oameni... deoarece ea îi absolvă de bănuiala de crimă atunci când mănâncă sau omoară animale”¹³. Ceea ce contează pentru autorul nostru, nu este suferința animală, ci justificarea celui care o administrează. Pentru Descartes, gândirea este cea care plasează omul la adăpost de o totală reducere mecanică. Din afirmația „cuget, deci exist”, el trage concluzia că: eu sunt un lucru care gândește și, în plus, omul este viu. Pentru el, sufletul este pur spiritual, corpul fiind pur material, supunându-se deci legilor mecanicii geometrice. Prima consecință a acestei gândiri: dacă animalul nu gândește, el nu poate nici percepe, percepția fiind un act al gândirii (nu ochii sunt cei care văd, ci sufletul), nici simți tristețea sau bucuria. Cea de-a doua consecință: animalul nu vorbește, deci nu gândește decât în sensul primitiv al termenului, numai omul poate recurge la semne care-i exprimă gândirea și libertatea de a construi enunțuri¹⁴. Din cauza lui Descartes, timp de secole, s-a justificat nejustificabilul, s-au legitimat toate formele de exploatare a animalelor. În continuarea lui Descartes, Malebranche radicalizează gândirea carteziană afirmând că atunci când își lovește căteua în burtă, aceasta nu simte, este un orologiu care sună, dorind să acrediteze ideea animalelor care țipă fără durere¹⁵. Cu toate neajunsurile cartezianismului, el conduce la primele ipoteze evoluționiste, dar și evoluționismul, după 1940, transformă animalul într-o creatură care trebuie să se sacrifice pentru a-i permite omului să progreseze, ceea ce justifică exploatarea industrializată a animalelor.

Există un întreg curent de gândire care i se opune lui Descartes și teoriei sale despre animalul-mașină. La Fontaine face în *Fabulele* sale un rezumat parodic al teoriei carteziene și se întrebă cu ce titlu poate fi omul exceptat de la un discurs

¹² René Descartes, *Discours de la méthode*, Cerf, Paris, 1902 (publicația originală, 1637).

¹³ René Descartes, *Discours de la méthode*, Cerf, Paris, 1902 (publicația originală, 1637), V^o parte, p. 67.

¹⁴ Roger Payot, *René Descartes (1596-1650) et le primat de la raison*, LUGD, 1996, p. 63.

¹⁵ Nicolas Malebranche, *De la recherche de la vérité*, ed. David, Paris, 1762.

despre animale, și cum poate el desolidariza natura sa de cea a lor¹⁶, văzând în raționalismul lui Descartes care reduce orice lucruri la mecanism și la geometrie, o sărăcire a lumii, căci natura este mult mai bogată, mai complexă și mai variată decât o poate concepe știința matematizată. Rousseau¹⁷ consideră că animalele sunt ființe dotate cu sensibilitate, ca și oamenii, trăgând de aici concluzia necesității de a le acorda animalelor dreptul de a nu suferi. El scrie astfel că „orice animal are idei, deoarece el are simțuri... și că el chiar își combină ideile până la un anumit punct”¹⁸. Rousseau recunoaște îndatorirea omului de a trata „uman” această ființă care nu este om, dar care, ca și omul, este o ființă sensibilă, argumentând în felul următor: „se pare că dacă sunt obligat să nu-i fac nici un rău semenului meu, este mai puțin din cauză că acesta este o ființă rațională, și mai mult pentru că este o ființă sensibilă, calitate care, fiind comună animalului și omului, îi dă cel puțin primului dreptul de a nu fi maltratată de cel de-al doilea”¹⁹. Condillac respinge teza lui Descartes susținând că aceasta este absurdă, deoarece ea nu rezistă experienței, cea care dovedește că animalul este dotat cu sensibilitate. Teza sa se bazează pe ideea că există două lucruri fundamentale comune între om și animal: sensibilitatea (capacitatea de a simți plăcerea sau durerea) și existența nevoilor, o formă de inteligență și o formă de raționament²⁰.

Un alt atac anticartezian vine din partea lui Heidegger. Întrebându-se ce lume să gândim care să fie comună animalului și omului, acesta marchează încetarea interpretării plecând din punctul de vedere al cunoașterii, invalidând perspectiva zoologică a lui Descartes, cea care reduce viața la mecanism și orice știință a vieții la fizică și chimie. Crezând că luptă contra lui Descartes, Heidegger distinge mașina-utilaj de animal și sesizează că animalul este dotat cu aptitudini (care sunt strict analoge funcțiilor organismului cartezian), prin acestea animalul fiind imediat în relație cu lumea. Pentru el nu mai este vorba doar despre posibilitatea de a face să intre animalul în raporturile de drept, ci de a constitui o lume comună în care întâlnirea să fie posibilă. Este vorba despre acel a-fi-împreună al omului și animalului²¹.

Începând cu sfârșitul secolului al XVIII-lea, nu mai este posibil să se disocieze destinul omului de cel al animalului. Teoriile transformiste ale lui Lamarck și lucrările lui Darwin asupra originii speciilor ne conduc să gândim omul ca pe un

¹⁶ Patrick Lemoine, *La Fontaine, les animaux et nous. Ces fables qui disent ce que nous sommes*, Armand Colin, Paris, 2011.

¹⁷ Jean Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Genève, 1780-1789.

¹⁸ Două secole după Rousseau, Protocolul nr. 10 al Tratatului de la Amsterdam recunoaște animalul domestic drept „ființă sensibilă”.

¹⁹ Jean Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Genève, 1780-1789, Prefață.

²⁰ Etienne Bonnot de Condillac, *Traité des animaux*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1984 (după ed. originală Ch. Houel, Imprimeur, Paris, 1798).

²¹ Martin Heidegger, *Introducere în metafizică* (trad. Gabriel Liiceanu, Thomas Kleininger), București, Humanitas, 1999.

animal evoluat: diferența dintre spiritul omului și cel al animalelor evolute este „doar o diferență de grad, și nu una de natură”²², apartenența omului la lumea animală impunându-se ca o evidență. Odată cu descoperirile neurobiologice, omul nu mai este tratat ca fiind doar apropiat de animal, ci ca trăgându-se din animal. Ființa umană este, fundamental, în natura sa, un animal²³.

Recunoașterea drepturile animalelor de către drept

În joc se află, se pare, în spatele acestei chestiuni a raporturilor dintre om și animal, viziunea noastră asupra umanității. Imperiul roman a lăsat nenumărate urme în lumea occidentală. Dar cel mai profund aport al său este dreptul roman care, și astăzi, își păstrează o influență directă²⁴. Încă din dreptul roman²⁵, luarea juridică în considerare a animalului s-a făcut având în vedere facultatea de apropiere a omului (subiect de drept) asupra animalului (obiect de drept). Dreptul nu s-a interesat deci de animal, inițial, decât într-o logică a exploatarei patrimoniale²⁶. Principalul statut al animalelor rămâne cel de reificare, interesele lor fiind cel mai adesea ignorate în profitul intereselor oamenilor. Acest statut, lăudat juridic de-a lungul diferitelor civilizații și care s-a menținut până astăzi, a putut să fie menținut în virtutea puterii „naturale” de dominație a omului exercitată asupra restului ființelor vii și prin intermediul teoriei carteziene a animalului-mașină care s-a tradus în drept prin teoria animalului-lucru²⁷.

Cum să faci să intre animalul în universalitatea raporturilor dreptului dacă nu ca lucru, nu în sine, ci din punct de vedere al dreptului? Cum să constitui în subiect o ființă care nu cunoaște, în natură, decât comportamente alimentare – cicluri – în care prezervarea sinelui, singura regulă valabilă, neagă universalitatea cerută de drept? Codul civil francez și cele care se inspiră din acesta fac din animal un bun mobil. Decanul Carbonnier consideră Codul civil „carte simbol și carte de simboluri”²⁸.

²² Charles Darwin, *La Filiation de l'homme et la Sélection liée au sexe*, traduction nouvelle réalisée sous la direction de Patrick Tort, Institut Charles Darwin International, Champion Classiques, 2013, Chap. IV.

²³ Georges Chapouthier, Frédéric Kaplan, *L'homme, l'animal et la machine: Perpétuelles redéfinitions*, CNRS, Paris, 2011.

²⁴ Olivier Pauchar, *Rome a durablement marqué le droit européen*, swissinfo, 2013, <https://www.swissinfo.ch/fre/h%C3%A9ritage-romainadd-the-underlinerome-a-durablement-marqu%C3%A9-le-droit-europ%C3%A9en/36539042>.

²⁵ Victoria Vanneau, *Le chien, histoire d'un objet de compagnie*, éd. Autrement, Paris, 2014, p. 45.

²⁶ Lucille Boisseau-Sowinski, *La désappropriation de l'animal*, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges, 2013, p. 18.

²⁷ Jean-Pierre Marguenaud, *L'Animal en droit privé*, Limoges, Publications de la faculté de droit et de sciences économiques de l'Université de Limoges, 1992, p. 11.

²⁸ Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996.

Această concepție despre animal care șochează și revoltă, face ca, fără rușine, să se poată dispune de el ca de un obiect al unei proprietăți ce poate fi considerat un uzufruct, putând fi închiriat, împrumutat sau schimbat etc. Poate fi și suprimat, atunci când prezintă un risc de contaminare pentru om. Chiar dacă această reificare a animalului poate șoca, o asemenea atitudine a legiuitorului nu are alt scop decât de a-i da animalului un statut și o protecție juridică. Numai cu ajutorul acestei ficțiuni a animalului bun mobil putem gândi societatea omului și a animalului²⁹. Animalul odată reificat, subordonat realizării bunăstării umane, teoria animalului-mașină este tradusă juridic prin art. 528 din Codul napoleonian din care s-au inspirat, cu mici nuanțe, nenumărate drepturi. Conform acestui articol, „Sunt mobile prin natura lor, corpurile care se pot transporta dintr-un loc în altul, fie că se mișcă ele însele, precum animalele, fie că nu-și pot schimba locul decât prin efectul unei forțe străine, asemenea lucrurilor neînsuflețite”³⁰.

Trebuie spus că dreptul nu cunoaște decât două mari categorii: persoanele și bunurile. Astfel, animalele neputând fi calificate drept persoane, au fost legate de categoria bunurilor. Totuși, dacă animalul-proprietate a omului se află în centrul viziunii utilitariste umane, relația dintre om și animal nu se poate limita la un simplu raport de apropiere în sensul juridic al termenului.

Atunci când se pune sub semnul întrebării dicotomia juridică tradițională și fundamentală între persoane și lucruri, două teze se înfruntă în jurul statutului juridic al animalului: „autorii de tendință subiectivistă și cei care optează pentru o viziune obiectivistă a dreptului relativ la animale”³¹. Primii promovează recunoașterea animalului ca subiect de drept (pentru garantarea unei ameliorări a tratamentului rezervat animalelor), ceilalți consideră că această interpretare păcătuiește prin idealism și prin lipsă de clarviziune „asupra funcțiilor și mijloacelor dreptului și asupra stării dreptului pozitiv”³². Autorii de tendință subiectivistă pot fi grupați în două curente: cei care militează pentru integrarea animalelor în categoria persoanelor fizice, împreună cu persoanele umane, și cei care susțin o nouă personalitate juridică animală, alături de persoanele fizice și morale³³.

Jeremy Bentham³⁴ este primul care a emis o teză favorabilă drepturilor animalelor. „Va veni poate ziua în care restul regnului animal își va regăsi drepturile care

²⁹ François Ost, *La nature hors-la-loi: L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, Paris, 2003.

³⁰ Loi 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804 (article 528 du Code civil napoléonien).

³¹ Sonia Desmoulin-Canselier, *Quel droit pour les animaux? Quel statut juridique pour l'animal?*, Pouvoirs 2009/4 (n° 131), p. 43-56.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Jeremy Bentham, s-a născut pe 15 februarie 1748 la Londra și a murit, tot la Londra, pe 6 iunie 1832. Este un filosof, juriscult și reformist britanic. Teoretician major al filosofiei dreptului, radicalist ale cărui idei au influențat mult dezvoltarea consecvenționismului. Este, mai ales, împreună cu John Stuart Mill, părintele utilitarismului.

n-ar fi putut niciodată să-i fie luate altfel decât prin tiranie”³⁵. Chestiunea care se pune nu mai este aceea dacă ele pot raționa sau vorbi, ci dacă pot suferi. Diferența, pentru Bentham, nu antrenează inferioritatea. Valorile ce sunt identice și care califică viața sunt suferința și plăcerea. Conform „utilitarismului moral” fondat de Jeremy Bentham, omul și animalele urmăresc același scop: minimizarea suferințelor și maximizarea plăcerilor, „Nu proclamarea unei demnități metafizice, ci anumite atribute – în special capacitatea de a resimți plăcerea și durerea – pe care oamenii le împărtășesc cu toate vertebratele, cel puțin, sunt cele care consolidează cele mai fundamentale drepturi”³⁶. Bentham fondează dreptul animalelor nu pe rațiune, ci pe sensibilitate, noțiune cu caracter antropocentric. Cu acest titlu, apărătorii drepturilor animalelor revendică crearea unei categorii juridice intermediare între bunuri și persoane. Este ideea care a dus la proclamarea *Declarației universale a drepturilor animalului*³⁷.

Pentru umaniști, noțiunea de drepturi este indisociabilă de cea de obligații, ceea ce conduce la chestionarea asupra faptului de a ști dacă animalele au obligații, responsabilități. Ei îi preferă noțiunii de drepturi ale animalului, pe cea de obligații ale omului față de animale. Nu este oare absurd să vrem să conferim drepturi animalelor care nu par să țină deloc de societatea noastră juridică? Conform filosofului american Tom Reagan, este posibil să apărăm existența drepturilor animalelor, fără a face din ele subiecți de drept. Animalele posedă, conform acestuia, o „valoare inerentă” ca „subiecți-ai-unei-vieți”, și ele au „un drept moral fundamental la un tratament respectuos”³⁸. Drepturile lor sunt comparabile acelorale ale incapacabililor juridic și ale copiilor³⁹, deci justifică beneficierea de o protecție particulară. Se evită astfel obiecția conform căreia existența sau exprimarea unei voințe raționale ar fi singurele constitutive de drepturi. Reagan nu propune justificarea atribuirii de drepturi juridice, ci doar detectarea prezenței unor drepturi morale⁴⁰.

Pentru a combate teza animalului-bun, etologia lămurește ceea ce oamenii numesc „instinct”: o altă modalitate de a trăi pentru cei ce nu dispun de cuvânt, ci de coduri și simboluri pe care ne străduim să le interpretăm cu ajutorul acestui antropocentrism care a dăunat atât de mult înțelegerii lumii animale: corpul răspunde

³⁵ Jeremy Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation* (trad. Emmanuelle de Champs), Vrin, 2011, Capitolul VII.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Déclaration universelle des droits de l'animal* a fost proclamată solemn pe 15 octombrie 1978, la sediul UNESCO, și revizuită de *Liga internațională a drepturilor animalelor* în 1989. Acest text constituie o luare de poziție filosofică asupra raporturilor ce trebuie să se instaureze de acum înainte între specia umană și celelalte specii animale.

³⁸ Tom Reagan, *Les droits des animaux* (trad. Enrique Utria), Hermann, Paris, 2013.

³⁹ Jean-Yves Goffi, *Le philosophe et ses animaux: Du statut éthique de l'animal*, Editions Jacqueline Chambon, 1998.

⁴⁰ Tom Reagan, *Les droits des animaux* (trad. Enrique Utria), Hermann, Paris, 2013.

unor semne, nu unor simple contracții musculare. Animalul nu este deci un obiect, deoarece răspunde intenționat unor situații date. Se încearcă să se demoleze prejudecățile, prin schimbarea privirii noastre puse pe animale. Pentru etologie, studiul lumii animalelor marchează începutul unei noi atitudini morale față de animale, a unei conștientizări a intereselor lor⁴¹. Etologia pune problema suferinței și a conștiinței animale. Se distinge de obicei între „condiția animală”, condiția umană și cea de mașină. Etologia contemporană refuză această diferență și cere egalitatea speciilor⁴². Peter Singer merge mai departe și refuză specismul triumfător al umanității⁴³, pentru a-i da animalului un drept la viață, pentru a-i recunoaște bunăstarea. El nu vorbește de drepturile animalelor, neabordând problema juridic, chestiunea situându-se pe planul specismului, al drepturilor și obligațiilor omului față de speciile cu nimic inferioare lui. Ameliorarea condiției animale este văzută în termeni de etică și de morală prin prisma modificării comportamentului omului față de acestea.

Elisabeth de Fontenay⁴⁴ consideră că are sens crearea unei categorii juridice intermediare între persoane și bunuri, care să facă din animale subiecți de drept, amintind că „în evoluția dreptului francez contemporan, trebuie distins între subiect de drept și personalitate juridică. Personalizarea în drept nu are nimic de a face cu o antropomorfizare; ea nu amenință deci demnitatea omului. Faptul de a-i acorda animalului calitatea de subiect de drept ajunge doar la instituirea, la un moment dat, a unei tehnici juridice adaptate protecției, judecată necesară, a interesului anumitor animale, dar nu antrenează în nici un fel banalizarea drepturilor omului, căci noțiunea de *personalitate juridică*, ce nu se confundă cu cea de *subiect de drept* nu tinde să anuleze frontiera dintre umanitate și animalitate”⁴⁵.

Caroline Daiguerse vorbește de o personalitate animală, susținând și ea că „animalul trebuie să fie un subiect de drept de un tip particular”⁴⁶. Deoarece dreptul este reflectarea moravurilor unei epoci, nu este imposibil de luat o astfel de poziție, căci ceea ce părea de neconceput în istorie (acordarea de drepturi străinilor și femeilor) a devenit o realitate perfect admisibilă.

⁴¹ Boris Cyrulnik, Elisabeth de Fontenay, Peter Singer, David Rosane, Karine Lou Matignon, *Les animaux aussi ont des droits*, Seuil, Paris, 2013.

⁴² Jean-Claude Quentel, Jean-Marie Vidal, *Il ne leur manque que la parole ?*, Sciences et Avenir, 1995, pp. 46-51.

⁴³ Peter Singer, *La libération animale*, Grasset, Paris, 1975.

⁴⁴ Elisabeth de Fontenay, filosof special al diferenței dintre om și animal, a publicat: *Le Silence des bêtes. La philosophie à l'épreuve de l'animalité* (Fayard, 1998), *Sans offenser le genre humain. Réflexions sur la cause animale* (Albin Michel, 2008).

⁴⁵ Élisabeth de Fontenay, *J'ai fait mon chemin avec et contre la rationalité occidentale*, on line 29/05/2008.

⁴⁶ Caroline Daiguerse, *L'animal, sujet de droit, réalité de demain*, *Gazette du Palais*, 1^{er} sem. 1981, doctrine, p. 160.

Profesorul Marguénaud, analizând locul dat astăzi animalului, face din el o persoană juridică: animalul ar fi deja astăzi un subiect de drept care are un interes individual distinct (acela de a nu suferi inutil și de a dispune de o viață conformă longevității sale naturale) și ale cărui interese sunt puse în operă de anumite organe (stăpânul, asociațiile de protecție a animalelor)⁴⁷.

Odată cu evoluția mentalităților, majoritatea juriștilor doresc să se creeze pentru animale o categorie specială, între persoane și bunuri, căci animalele, nefiind nici persoane umane, nici bunuri, trebuie să aibă un regim particular legat de specificitățile lor. Există și voci care propun să se lase animalele în categoria bunurilor, dar să se distingă în cadrul acestei categorii ceea ce este viu de ceea ce este inert⁴⁸. Dar cum să se împace originalitatea naturii juridice a animalului cu importanța rolului economic pe care acesta îl joacă pe plan comercial? Este întrebarea la care trebuie să răspundă juriștii dacă se dorește elaborarea unui regim juridic coerent care să corespundă naturii animalului de ființă animată și sensibilă.

⁴⁷ Jean-Pierre Marguénaud, *L'Animal en droit privé*, PUF, Paris 1992, p. 387 și urm.; *La personnalité juridique des animaux*, Recueil Dalloz, Paris, 1998, cronică, p. 205. În același sens, vezi Suzanne Antoine, *Le droit de l'animal, évolutions et perspectives*, Recueil Dalloz, Paris, 1996, cronică, p. 126.

⁴⁸ Suzanne Antoine, *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, Ministère de la justice, mai 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000297/index.shtml>.

HOTĂRÂRE JUDECĂTOREASCĂ DE ANULARE A UNUI ACT NORMATIV. EFECTE

*Av. Eugen Ion TÎȚOIU
Baroul Dolj*



Prezentul articol își propune să cerceteze efectele produse asupra actelor administrative unilaterale cu caracter individual subsecvente unui act cu caracter normativ, în ipoteza în care acesta din urmă a fost anulat definitiv printr-o hotărâre a instanței de judecată, prin încercarea de identificare a unui mecanism juridic, precum și a cazurilor practice în care acestea se produc.

1. Actul normativ. Noțiuni generale. Acțiunea în timp

Actul normativ, lato sensu reprezintă expresia de voință a unei autorități publice înzestrate cu puteri normative de a reglementa un anumit domeniu al vieții sociale după o procedură prestabilită, prin norme juridice general – obligatorii și a căror aplicare se poate realiza și prin forța coercitivă a statului.

În categoria actelor normative, *stricto sensu* și principala formă de exprimare a acestora este Legea – Constituție¹, Legi organice și Legi simple, ca act emis de Parlament² urmată apoi de Ordonanțele Guvernului³ emise în temeiul unei legi speciale de abilitare, în limitele și în condițiile prevăzute de aceasta, Ordonanțele de Urgență, Hotărârile de Guvern, Ordine, Instrucțiuni emise de organele administrației publice centrale de specialitate, precum și Hotărârile și Dispozițiile organelor administrațiilor publice locale (Consiliul Local, Primar, Consiliul Județean, Președintele Consiliului Județean)⁴.

¹ Vorbind despre Problema ierarhiei interne a normelor constituționale, prof. univ. dr. Dan Claudiu Dănișor arată că: *Dacă unele dispoziții constituționale sunt principii generale, atunci ar trebui ca ele să fie normative în raport cu celelalte norme constituționale. Aceasta înseamnă că nicio normă constituțională nu poate deroga de la un principiu constituțional general. Cu alte cuvinte, stabilind unele principii generale, Constituția României pare să instituie o ierarhie internă a normelor constituționale însele. De altfel acesta este sensul general al principiilor unui sistem în Constituția României comentată, Titlul I. Principii Generale, Ed. Universul Juridic, București, 2009.*

² Constituția României, Art. 61 alin. 1): Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român și unica autoritate legiuitoare a țării.

³ Art. 108 alin. 3) din Constituția României.

⁴ Art. 49, 68, 98 și 106 din Legea nr. 215/2001 privind administrația publică locală.

Este bine-cunoscut faptul că, actele normative – Legea, Ordonanțele de Guvern, Ordonanțele de urgență, Hotărârile de Guvern, Ordine, Instrucțiuni, potrivit dispozițiilor Constituției României⁵ și a Legii nr. 24/2000⁶ privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, intră în vigoare numai după ce acestea au fost publicate în Monitorul Oficial al României pentru ca, în situația celor adoptate sau emise de către autoritățile administrațiilor publice locale – Hotărâri, Dispoziții, după data afișării în locuri autorizate și prin publicare într-un cotidian local de mare tiraj⁷, element extrinsec care consacră astfel condiția *ad validitatem* a acestora⁸.

Ca izvor de drept, actul normativ, din momentul publicării acestuia va governa relațiile sociale născute în legătură cu obiectul său de reglementare, ale tuturor subiectelor de drept aflate în zona sa de aplicare, *erga omnes*, niciunul dintre aceștia neputându-se astfel sustrage aplicării lui, întrucât *nemo censetur ignorare legem* instituie un principiu de prezumție absolută de cunoaștere a legii, *lato sensu*.

De asemenea, actul normativ, din momentul publicării sale devine executoriu, adică obligatoriu, aplicându-se, ca regulă generală, numai pentru viitor, *ex nunc*, neavând efecte retroactive, cu excepțiile prevăzute de către legiuitor⁹.

În aceste condiții, în perioada de existență a oricărui act normativ, avem un prim moment inițial, raportat la data publicării sale, de la care acesta devine activ și un al doilea, situat în perioada de activitate, în care aceasta poate suferi diferite evenimente legislative¹⁰ precum modificarea, completarea, abrogarea, republicarea, suspendarea sau altele asemenea.

Sau altfel spus, legea, *lato sensu*, deși ca regulă, durata de valabilitate este nedeterminată, are o viață limitată în timp între momentul intrării ei în vigoare și momentul ieșirii din vigoare, situațiile juridice reglementate înscriindu-se în timp, funcție de data constituirii și data stingerii lor, conform regulii *tempus regit actum*.

Între modalitățile de încetare a efectelor unui act normativ au fost identificate¹¹ pe lângă cele clasice: abrogarea, ajungerea la termen și desuetudinea și altele precum: abrogarea temeiului legal al emiterii unui act normativ de reglementare secundară, constatarea neconstituționalității unor dispoziții din legi, ordonanțe sau regulamente parlamentare sau a legii de aprobare a unei ordonanțe a Guvernului în

⁵ Art. 78 din Constituția României.

⁶ Art. 11 din Legea nr. 24/2000.

⁷ Art. 83 din legea nr. 24/2000.

⁸ Art. 10 din Legea nr. 24/2000, dar și art. 108 alin. 4) partea a doua din Constituția României.

⁹ Art. 15 alin. 2) din Constituția României: Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile.

¹⁰ Art. 58 din Legea nr. 24/2000.

¹¹ Ramona Delia Popescu, Andrei Gheorghe, *Producerea efectelor juridice ale actelor normative*, rtsa.ro/rtsa/index.php/rtsa/article/viewFile/32/28, p. 114 – final.

temeiul art. 147 alin. 1) din Constituție, adoptarea legii de respingerea a unei ordonanțe de Guvern, inexistența sau caducitatea unei ordonanțe, abrogarea normelor de abrogare în situația ordonanțelor, promulgarea legii înaintea pronunțării deciziei Curții Constituționale în situația unei obiecții de neconstituționalitate, radierea din registrul comerțului a unei societăți comerciale înființate prin Hotărâre de Guvern, înlocuirea prin legea de aprobare a unei ordonanțe de modificare a unei legi a obiectului de reglementare a acesteia și, nu în ultimul rând anularea prin hotărârea unei instanțe de judecată.

În prezentul demers teoretic, interesează exclusiv, situația încetării efectelor actului normativ prin anularea acestuia în cadrul procedurii de judecată, prin hotărârea instanței.

2. Hotărârea judecătorească, efecte cu caracter general – Clasificarea cererilor în justiție după criteriul scopului urmărit de către reclamant

În principiu, ca regulă generală, hotărârea judecătorească produce mai multe efecte¹² precum: dezinvestirea instanței de judecată; ca valoare probantă, reprezintă un înscris autentic; are putere executorie; are putere obligatorie pentru părți și opozabilă terților; are autoritate de lucru judecat și, cel care ne interesează, în timp, are efecte retroactive, *ex tunc*, cu excepția hotărârilor prin care se creează o situație juridică nouă, care produc efecte juridice numai pentru viitor, *ex nunc*, de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești¹³.

După criteriul menționat, acțiunile în justiție se clasifică în cereri în realizare, cereri în constatare și cereri în constituire, formare de drepturi sau în transformare, acestea din urmă producând, ca regulă efecte numai pentru viitor¹⁴.

Acțiunile în realizare¹⁵ sau în condamnare, adjudecare sau executare reprezintă acele cereri prin care reclamantul, care se pretinde titularul unui drept subiectiv,

¹² Mihaela Tăbărcă în *Drept procesual civil*, Vol. II – *Procedura contencioasă în fața primei instanțe. Procedura necontencioasă judiciară. Proceduri speciale, conform noului Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 581-585 și Gabriel Boroi, Mirela Stancu în *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 560-570.

¹³ Mihaela Tăbărcă în *Drept procesual civil*, vol. II – *Procedura contencioasă în fața primei instanțe. Procedura necontencioasă judiciară. Proceduri speciale, conform noului Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 583.

¹⁴ A se vedea Mihaela Tăbărcă în *Drept procesual civil*, vol. I – *Teoria generală, conform noului Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 241-250 și Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedura civilă*, vol. I, *Teoria Generală*, Ed. Național, București, 1996, p. 290-298.

¹⁵ Mihaela Tăbărcă în *Drept procesual civil*, vol. I – *Teoria generală, conform noului Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 241 și Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedura civilă*, Volumul I, *Teoria Generală*, Ed. Național, București, 1996, p. 291-292.

solicită instanței să îl oblige pe pârât să-i respecte dreptul în scopul repunerii părților în situația anterioară faptului sau actului juridic care se constituie în obiectul cererii, prin obligarea acestuia să îi dea, să facă sau să nu facă ceva în favoarea primului.

Acest tip de cereri în justiție pot fi puse în executare silită și produc numai efecte retroactive.

Acțiunile în constatare¹⁶, numite în recunoașterea sau confirmarea dreptului, reprezintă acele cereri prin care reclamantul solicită instanței de judecată ca în contradictoriu cu pârâtul să i se constate existența sau inexistența unui drept al său dobândit împotriva celui de-al doilea.

Acest tip de acțiuni nu pot fi aduse la îndeplinire prin executare silită și produc, de regulă efecte numai pentru viitor.

Acțiunile în constituire¹⁷ sau formare de drepturi reprezintă acele cereri prin care reclamantul solicită instanței de judecată aplicarea legii la anumite acte/fapte juridice pe care le invocă în scopul modificării sau desființării unor raporturi juridice vechi și crearea unor raporturi juridice noi.

Acest tip de acțiuni pot fi aduse la îndeplinire pe cale de executare silită și produc, de regulă efecte numai pentru viitor.

3. Hotărârea judecătorească în contencios – administrativ, efecte specifice după criteriul scopului urmărit de către reclamant

Potrivit dispozițiilor art. 1 alin. 1) și 2) din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul – administrative se arată că subiecte ale unei acțiuni în justiție, în contencios – administrativ poate fi:

1) *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, se poate adresa instanței de contencios administrativ competente, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată. Interesul legitim poate fi atât privat, cât și public.*

2) *Se poate adresa instanței de contencios administrativ și persoana vătămată într-un drept al său sau într-un interes legitim printr-un act administrativ cu caracter individual, adresat altui subiect de drept.*

¹⁶ Mihaela Tăbârcă în *Drept procesual civil*, vol. 1 – Teoria generală, conform noului Cod de procedură civilă, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 242-249 și Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedura civilă*, Volumul 1, *Teoria Generală*, Ed. Național, București, 1996, p. 292-297.

¹⁷ Mihaela Tăbârcă în *Drept procesual civil*, vol. 1 – Teoria generală, conform noului Cod de procedură civilă, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 250-251 și Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedura civilă*, vol. 1, *Teoria Generală*, Ed. Național, București, 1996, p. 297-298.

Cu alte cuvinte, obiectul de reglementare al Legii nr. 554/2004 privind contenciosului – administrativ și implicit al unei cereri în justiție este actul administrativ cu cele două forme ale sale, după criteriul normei adoptate/emise, individual și normativ¹⁸, reclamantul urmărind fie să-l anuleze, fie să oblige autoritatea publică să îl emită/adopte, această ultimă situație fiind specifică numai actului administrativ cu caracter individual, având în vedere că între atribuțiile instanțelor de judecată nu se regăsește și cea de creare a legii, care aparține exclusiv Parlamentului și, în anumite condiții Guvernului, ci numai de aplicare a acesteia.

În aceste condiții, orice persoană interesată are dreptul să ceară, anularea unui act administrativ cu caracter individual sau normativ pe care îl consideră nelegal și care îi aduce prejudicii, cererea de chemare în judecată având acest obiect, putând fi clasificată după criteriul oferit de materia dreptului procesual civil, al scopului urmărit de reclamant ca o cerere în realizare de drepturi, întrucât acesta, considerându-se titularul unui drept subiectiv vătămat, solicită instanței de judecată să oblige autoritatea publică emitent pârâtă să-i respecte acest drept și să-i repare prejudiciul produs, prin anularea actului administrativ considerat nelegal.

O asemenea hotărâre judecătorească, prin care se dispune anularea unui act administrativ, în materia contenciosului – administrativ poate fi adusă la îndeplinire pe cale de executare silită, producând efecte juridice în timp, distincte, după cum suntem în prezența unui act administrativ cu caracter individual sau normativ.

De asemenea, orice persoană interesată poate solicita prin hotărârea instanței de judecată, obligarea autorității publice la emiterea unui act administrativ cu caracter individual care i-a fost refuzat de către aceasta cu motivarea încălcării unor acte sau dispoziții din acte cu caracter normativ, cererea de chemare în judecată având acest obiect, putând fi clasificată după criteriul oferit de materia dreptului procesual civil, al scopului urmărit de reclamant ca o cerere în constituire de drepturi, întrucât acesta solicită aplicarea legii la anumite fapte pe care le invocă, în scopul de a crea o situație juridică nouă.

O asemenea hotărâre judecătorească, prin care se solicită emiterea unui act administrativ cu caracter individual poate fi adusă la îndeplinire pe cale de executare silită, producând exclusiv, efecte juridice în timp, numai pentru viitor, *ex nunc*.

¹⁸ Potrivit art. 2 alin. 1) lit. c) din Legea nr. 554/2004 este definit actul administrativ ca fiind *actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ.*

4. Anularea actului administrativ cu caracter normativ prin hotărârea instanței de judecată. Chestiuni generale. Efecte asupra anulării actelor administrative individuale emise în temeiul acestuia

În această materie sunt incidente dispozițiile Legii nr. 554/2004 privind contenciosul – administrativ care, prin art. 23 – Obligația Publicării, arată că:

Hotărârile judecătorești definitive și irevocabile prin care s-a anulat în tot sau în parte un act administrativ cu caracter normativ sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor. Acestea se publică obligatoriu după motivare, la solicitarea instanțelor, în Monitorul Oficial al României, Partea I, sau, după caz, în monitoarele oficiale ale județelor ori al municipiului București, fiind scutite de plata taxelor de publicare.

În aceste condiții, instanțele de contencios – administrativ sunt competente să aprecieze și asupra legalității unui act normativ, potrivit dispozițiilor de drept comun în materie, constatarea cauzei de nelegalitate a actului raportându-se întotdeauna la norma juridică cu caracter normativ superior, precum Legea, Constituția.

Legea, în accepțiunea acesteia stricto sensu, nu poate forma obiect al controlului de legalitate al instanțelor de judecată, regimul său juridic, în ceea ce privește incidelele legislative pe care aceasta le poate suferii în perioada de activitate, precum modificarea, suspendarea și abrogarea, fiind supus dispozițiilor Lege nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative.

În ceea ce privește ordonanțele de Guvern emise în perioada de abilitate a acestuia conform art. 108 alin. 3) din Constituția României¹⁹, având în vedere că reprezintă acte normative cu putere de lege, nu pot forma obiect al unei cereri de chemare în judecată²⁰, instanța de judecată putând numai să dispună acordarea de despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin ordonanțe ale Guvernului, anularea actelor administrative emise în baza acestora, precum și, după caz, obligarea unei autorități publice la emiterea unui act administrativ sau la realizarea unei anumite operațiuni administrative²¹, numai după declararea neconstituționalității acesteia.

În aceste condiții, în sfera obiectului unui litigiu de contencios – administrativ intră numai actele administrative de reglementare secundară și care nu sunt excluse de la controlul instanței de judecată potrivit dispozițiilor art. 5 din Lege²², precum

¹⁹ Art. 108 alin. 3): Ordonanțele se emit în temeiul unei legi speciale de abilitare, în limitele și în condițiile prevăzute de aceasta.

²⁰ Potrivit art. 146 alin. 1) lit. d) din Constituția României se arată că: Curtea Constituțională are următoarele atribuții: (...) d) hotărăște asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial; excepția de neconstituționalitate poate fi ridicată și direct de Avocatul Poporului.

²¹ Art. 9 alin. 5) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

²² Art. 5: Actele nesupuse controlului și limitele controlului

(1) Nu pot fi atacate în contenciosul administrativ:

Hotărâri de Guvern, Ordine, instrucțiuni ale ministerelor și celorlalte organe centrale și locale ale administrației publice.

Astfel, plecând de la efectul retroactivității nulității în materia actelor juridice civile în general, *quod nullum est, nullum producit effectum* și în situația actelor administrative cu caracter individual, acestea se vor produce nu numai pentru viitor, ci și pentru trecut, adică efectele nulității se produc din chiar momentul încheierii actului juridic administrativ cu caracter individual.

Principiul retroactivității efectelor nulității actului juridic decurge din principiul legalității, în sensul că, restabilirea legalității încălcată la încheierea actului juridic, impune înlăturarea efectelor produse în temeiul actului respectiv, aceasta contribuind la asigurarea ordinii de drept și determinând principiul repunerii părților în situația anterioară actului.

Prin excepție de la principiul retroactivității actului juridic, în general, precum și de la cel al actului administrativ individual, în materia actelor administrative cu caracter normativ, legiuitorul a prevăzut prin dispozițiile art. 23 din Legea nr. 554/2004 că, dar și de la principiul relativității hotărârii judecătorești, efectul hotărârilor judecătorești de anulare a unui act normativ este *erga omnes* și se produce numai pentru viitor²³.

Astfel, legiuitorul, împrumutând din dreptul constituțional – art. 15 alin. 2) din Constituția României, a statuat, în mod simetric că, dacă un act cu caracter normativ se aplică numai pentru viitor și ieșirea acestuia din vigoare, întruna dintre modalitățile arătate, inclusiv ce a hotărârii judecătorești de anulare, se va produce la fel, adică numai pentru viitor și nu retroactiv.

Numai într-o asemenea modalitate vor fi respectate principiile legalității și al securității raporturilor juridice care au luat naștere în perioada în care actul normativ a fost în vigoare și a produs efecte juridice, prin emiterea unor acte administrative cu caracter individual.

În aceste condiții, prin anularea actului normativ prin hotărârea instanței de judecată, acesta dispare din ordinea juridică, fie la momentul pronunțării hotărârii – în situația în care, în aceeași cauză se solicită atât anularea actului administrativ individual, cât și a celui normativ, fie, de la data publicării hotărârii, pentru situația terților față de hotărârea de anulare a actului normativ, care au pendinte cauze pe rolul instanțelor de judecată, având ca obiect acte administrative cu caracter individual emise în temeiul celui normativ.

a) actele administrative ale autorităților publice care privesc raporturile acestora cu Parlamentul;

b) actele de comandament cu caracter militar.

(2) Nu pot fi atacate pe calea contenciosului administrativ actele administrative pentru modificarea sau desființarea cărora se prevede, prin lege organică, o altă procedură judiciară.

²³ Dec. cont. adm. fisc. nr. 716 din 19.02.2009 a Curții de Apel Cluj citată în Gabriela Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ, comentată și adnotată*, ed. a III-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 553-554.

Astfel, instanța de contencios – administrativ nu va putea să dispună nulitatea actului administrativ individual, a cărui nulitate o apreciază întotdeauna pentru cauze anterioare și concomitente momentului emiterii sale, *ex tunc*, întrucât anularea temeiului acestuia, actul normativ, se produce de la data publicării/pronunțării hotărârii de anulare a acestuia din urmă, *ex nunc*.

Altfel spus, întrucât efectul anulării actului administrativ cu caracter individual se produce *ex tunc*, adică numai pentru trecut, iar la acea dată, actul administrativ normativ care a stat ca temei al celui individual făcea parte din dreptul pozitiv, producând efecte juridice, instanța nu va putea să dispună anularea actului individual, fără a încălca dispozițiile art. 23 din Legea nr. 554/2004, întrucât ar face să retroactiveze dispozițiile hotărârii de anulare a actului normativ.

Astfel, chiar dacă în timpul judecării unei cauze având ca obiect un act administrativ individual, este constatată definitiv, în același dosar sau într-un altul, nelegalitatea unui act normativ care a stat la baza primului, dispunându-se anularea celui normativ, instanța de judecată nu va putea să dispună anularea actului individual subsecvent, întrucât, ar face ca prin hotărârea acesteia, să retroactiveze efectele anulării actului normativ, ceea ce ar reprezenta o încălcare a acelorași dispoziții menționate mai sus.

Numai o asemenea interpretare respectă principiul securității raporturilor juridice născute în temeiul actului administrativ cu caracter normativ, fiind de-a dreptul injust, ca subiectele de drept, cărora le-au fost adresate actele administrative individuale emise în temeiul celui normativ să suporte consecințele negative ale anulării acestora prin cererea formulată de către terțe persoane interesate.

Și jurisprudența, în același sens, a reținut că: *Prin urmare, raporturile juridice și efectele juridice produse de actul administrativ normativ în perioada executării acestuia până la data anulării irevocabile a acestuia rămân în ființă și produc efecte juridice*²⁴.

În atare situație, efectul dispariției efectelor juridice ale actului administrativ normativ se produce de la data rămânerii definitive și irevocabile a hotărârii judecătorești prin care s-a anulat acesta, instanța de judecată investită cu o cerere privind anularea actului administrativ individual subsecvent, chiar dacă constată că, la data judecării ultimul este lipsit de temei legal nu poate dispune anularea sa²⁵.

5. Efectele dispozițiilor art. 23 din Legea nr. 554/2004, precum și a Deciziei nr. 10/2015 a Înaltei Curți de casație și Justiție a României asupra actului administrativ individual

Prin Decizia nr. 10 din 11 mai 2015 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Craiova - Secția contencios administrativ și fiscal, prin încheierea

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibidem.*

din 11 decembrie 2014, pronunțată în Dosarul nr. 7.752/101/2013, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile cu privire la interpretarea dispozițiilor art. 23 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare (Legea nr. 554/2004), Înalta Curte de Casație și Justiție a României s-a statuat că:

Dispozițiile art. 23 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, se interpretează în sensul că hotărârea judecătorească irevocabilă/definitivă prin care s-a anulat în tot sau în parte un act administrativ cu caracter normativ produce efecte și în privința actelor administrative individuale emise în temeiul acestuia care, la data publicării hotărârii judecătorești de anulare, sunt contestate în cauze aflate în curs de soluționare pe rolul instanțelor judecătorești.

În motivarea hotărârii, *Înalta Curte reține că este corectă interpretarea instanțelor care au stabilit că trebuie recunoscute efectele hotărârii judecătorești de anulare a unui act administrativ normativ, similar cu efectele admiterii excepției de neconstituționalitate în privința cauzelor pendinte*²⁶.

Astfel, potrivit dispozițiilor art. 147 alin. 1) din Constituție²⁷, efectul deciziei de neconstituționalitate este imediat, de la data publicării acesteia, pe perioada celor 45 de zile în care Parlamentul sau Guvernul au obligația de a pune textul în acord cu Legea supremă, dispoziția neconstituțională fiind suspendată, pentru ca la expirarea termenului, aceasta să fie abrogată.

Curtea Constituțională, în jurisprudența acesteia a statuat că, decizia de neconstituționalitate face parte din ordinea de drept normativă, îndeplinind pe de o parte acest rol, dar și, pe de altă parte rolul de sancțiune a *Secundum Legem* pentru neconformitatea acesteia cu *Prior Legem*.

Anterior acestei decizii, prin Decizia nr. 914/2009, examinând excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 23 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, Curtea Constituțională a arătat că, prin acestea se *consacră, la nivelul legii organice, efectele erga omnes ale hotărârilor judecătorești definitive și irevocabile prin care s-a anulat, în tot sau în parte, un act administrativ cu caracter normativ. Opozabilitatea acestui tip de hotărâri față de toți subiecții de drept este asigurată, în mod concret, prin publicarea în Monitorul Oficial al României a hotărârilor judecătorești referitoare la actele administrative normative emise de Guvern și de celelalte organe centrale ale administrației publice, respectiv în monitoarele oficiale ale județelor a acelor hotărâri privitoare la anularea unor acte ale organelor*

²⁶ <http://www.scj.ro/1093/Detaili-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=123251>.

²⁷ Dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept.

administrației publice locale, corespunzătoare județelor, municipiilor, orașelor și comunelor. Utilitatea acestei publicări este incontestabilă, ținând cont de faptul că, prin natura lor, actele administrative cu caracter normativ se adresează unui număr nedeterminat de subiecte de drept.

În opinia noastră, dispozițiile interpretate ale art. 23 din Legea nr. 554/2004 nu contrazic raționamentul nostru prezentat mai sus, prin acestea, instanța supremă stabilind că, efectele anulării actului normativ se produc nu numai în cauzele în care instanțele de judecată urmează să fie investite cu anularea actului individual subsecvent, ulterior anulării definitive a actului normativ, ci și cauzelor pendinte la acel moment, similar cu efectele admiterii excepției de neconstituționalitate în privința cauzelor pendinte²⁸.

Astfel, Înalta Curte de Casație și Justiție a României arată în motivarea Deciziei nr. 10/2015 că:

Sintagma „sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor”, utilizată atât de Constituție, cât și de Legea nr. 554/2004, nu poate primi decât o interpretare unitară, în sensul că excepția de neconstituționalitate admisă, respectiv actul administrativ normativ anulat nu produc niciun efect în privința cauzelor irevocabil/definitiv soluționate⁵, însă produc efecte în cauzele aflate în curs de soluționare la data publicării deciziei Curții Constituționale sau a hotărârii judecătorești de anulare, așa cum s-a reținut în deciziile instanței de contencios constituțional indicate la pct. 6.2.

Însă, în raționamentul său, instanța supremă, având în vedere că dezlegarea prevăzută de dispozițiile art. 519-520 C. pr. civ. are un caracter de principiu, general și neaplicat la speță, rămâne consecventă în respectarea principiului neretroactivității hotărârii de anulare a unui act administrativ cu caracter normativ, așa cum este acesta prevăzut de art. 23 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

Aceasta arată că:

Este evident că legiuitorul a avut în vedere mai ales procedurile judiciare în curs atunci când a edictat norma analizată, fiind greu de conceput ca, după publicarea hotărârii judecătorești de anulare a unei dispoziții normative, aceasta să mai fie totuși invocată drept temei al unui act administrativ individual emis ulterior²⁹.

Din interpretarea logică, prin folosirea argumentului de interpretare *per a contrario*, în opinia noastră, rezultă că, instanța supremă a avut în vedere numai acele situații în care actul administrativ individual este emis înainte de momentul publicării/pronunțării hotărârii de anulare a actului normativ, fiind greu, așa cum precizează acesta, ca după acest moment să mai fie emise acte individuale în baza aceluiași act normativ anulat.

²⁸ <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=123251>.

²⁹ <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=123251>.

Trebuie precizat că, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit, prin Decizia nr. 10/2015 că trebuie „recunoscute efectele hotărârii judecătorești de anulare a unui act administrativ normativ, similar cu efectele admiterii excepției de neconstituționalitate în privința cauzelor pendinte³⁰”, făcând trimitere la Deciziile Curții Constituționale nr. Decizia nr. 223 din 13 martie 2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 256 din 18 aprilie 2012, și Decizia nr. 164 din 12 martie 2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 296 din 23 mai 2013, prin care s-a statuat că instanțele judecătorești vor aplica decizia prin care a fost admisă excepția de neconstituționalitate în cauzele pendinte la momentul publicării acesteia.

Astfel, Curtea Constituțională³¹ a arătat că, întrucât deciziile sale produc efecte numai pentru viitor, potrivit art. 147 alin. (4) din Constituție, cele stabilite prin prezenta decizie urmează a se aplica de către (autoritatea publică emitentă actului normativ, n.n.), de la data publicării deciziei Curții Constituționale în Monitorul Oficial al României, Partea I, totodată, instanțele judecătorești vor aplica prezenta decizie numai în cauzele pendinte la momentul publicării acesteia, cauze în care respectivele dispoziții sunt aplicabile, precum și în cauzele în care a fost invocată excepția de neconstituționalitate până la data sus menționată, în această ultimă ipoteză, decizia pronunțată de Curtea Constituțională constituind temei al revizuirii potrivit art. 322 pct. 10 din Codul de procedura civilă din 1865, respectiv art. 509 alin. (1) pct. 11 din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 545 din 3 august 2012, după caz.

Ori, după cum se poate observa, legiuitorul a prevăzut chiar și un caz special de revizuire prin dispozițiile art. art. 322 pct.10 din Codul de procedura civilă din 1865, respectiv art. 509 alin. (1) pct. 11 din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedura civilă, pentru situația în care după rămânerea definitivă a unei cauze este declarată neconstituțională o dispoziție a legii cu aplicabilitate la speță, făcând posibilă exercitarea acestei căi de atac de retractare cu condiția ca în acea cauză să fie formulată cererea de declarare a neconstituționalității, iar instanța de judecată să soluționeze litigiul, având în vedere că, potrivit art. 29 din Legea nr. 29 din Legea nr. 47/1992 se prevede că, soluționarea excepției nu atrage suspendarea cauzei.

6. Identificarea efectelor produse asupra actelor individuale prin hotărârea de anulare a unui act normativ

Așa cum se poate observa, prin Decizia nr. 10/2015, instanța supremă statuează că, anularea actului normativ produce efecte asupra actului administrativ cu caracter

³⁰ *Idem.*

³¹ Decizia Curții Constituționale nr. 164 din 12 martie 2013, publicată în M. Of. nr. 296 din 23 mai 2013.

individual subsecvent, însă fără ca aceasta să le numească și fără să identifice prin motivare cazurile posibile în practica instanțelor de judecată și nici nu putea să o facă.

În opinia noastră, trebuie avute în vedere similitudinile dintre decizia de neconstituționalitate și a hotărârii judecătorești de anulare a unui act normativ, precum caracterul actului care formează obiectului acestora – normativ, momentul de la care se produc efectele acestora – numai pentru viitor, raportul de conformitate cu *Legem superioris*, care formează obiect al controlului de constituționalitate și, respectiv de legalitate, verificat în cadrul controlului instanței constituționale și, respectiv de judecată.

Însă, ceea ce este diferit între cele două este faptul că, în situația deciziei de neconstituționalitate efectul acesteia se produce, de obicei asupra unor alte dispoziții cu caracter normativ cuprinse în *Legem inferioris* și care la rândul lor, își vor înceta efectele, deci vor dispărea din ordinea juridică de la data publicării deciziei, conform dispozițiilor art. 147 alin. 1) din Constituție, în schimb în situația hotărârii judecătorești de anulare a unui act normativ, de obicei se poate produce un efect asupra unor acte administrative cu caracter individual emise în temeiul primului.

Decizia nr. 10/2015 stabilește numai o „vocație generală”, a efectului anulării actului normativ asupra celui individual, subsecvent în sensul producerii unor efecte asupra acestuia din urmă, fără a stabili și un efect direct, concret între cele două, precum anularea, ea interpretează într-un mod general, abstract și neaplicat, fără să facă vreo distincție cu privire la cazurile posibile în practică, urmând ca instanțele de judecată competente să aprecieze de la caz la caz.

Altfel, s-ar putea presupune că, hotărârea de anulare a actului normativ ar produce un efect *ope legis*, asupra celui individual, similar cu efectul deciziei de neconstituționalitate a *Legem superior* asupra *Legem inferior*, ceea ce este inadmisibil.

Înalta Curte de Casație și Justiție a României nu a statuat cu privire la un asemenea efect, de drept, lăsând astfel ca instanțele de contencios – administrativ, în cadrul controlului de legalitate să stabilească de la caz la caz, dacă efectul produs este apt prin el însuși să poate conduce la anularea actului individual care la data pronunțării nu mai avea ca temei actul normativ, acesta fiind anulat definitiv, fără a încălca principiul neretroactivității efectelor unei astfel de hotărâri.

În practica instanțelor de judecată, atunci când acestea au interpretat dispozițiile art. 23 din Legea nr. 554/2004 și Decizia nr. 10/2015 în sensul în care sintagma „produc efecte” este similară cu anularea, dispunând această sancțiune pentru actul administrativ individual, al cărui act normativ era definitiv anulat, fără a identifica un mecanism al nulității actului individual, au procedat greșit, întrucât au încălcat principiul neretroactivității prevăzut de aceleași dispoziții ale legii organice, cu privire momentul ieșirii din vigoare a actului normativ.

În opinia noastră, cu valoare practică, ori de câte ori, instanța de judecată competentă este investită cu un litigiu în „contencios în anulare”, a unui act indivi-

dual nu va putea dispune anularea acestuia, decât încălcând dispozițiile art. 23 din Legea nr. 554/2004.

Astfel, așa cum am arătat, cererea de chemare în judecată prin care se solicită anularea actului administrativ individual reprezintă o cerere în realizare, deci care produce efecte și pentru trecut, dublată de efectul nulității actului care și acesta se raportează la cauza anterioare și concomitente acestuia, adică tot pentru trecut, *ex tunc*.

De asemenea, atunci când instanța de judecată este investită cu o cerere prin care se solicită eliberarea unui act administrativ cu caracter individual, deci un litigiu în „contencios de drepturi” prin care se cere constituirea unor drepturi pentru viitor și care produc astfel efecte pentru viitor, de la data la care hotărârea rămâne definitivă, instanța de contencios administrativ va respecta dispozițiile art. 23 din Legea nr. 554/2004.

Astfel, așa cum am arătat, acțiunea prin care se solicită obligarea autorității publice să emită/elibereze un act administrativ cu caracter individual este o cerere în constituire de drepturi care va produce efecte numai pentru viitor, ex nunc, de la data rămânerii definitive a hotărârii instanței de judecată.

Dar, înainte de toate acestea, singurul efect al anulării actului normativ asupra celui individual, statuat de Decizia nr. 10/2015 este acela că, cel din urmă rămâne lipsit de temei legal, de la data publicării/pronunțării hotărârii de anulare a actului normativ autoritatea publică nemaiputând emite alte acte individuale, decât numai după ce va dispune punerea acestuia în acord cu Legem superioris procedând la eliberarea unui alt act normativ, în condiții de legalitate.

În aceste condiții, așa cum am mai arătat, și jurisprudența³² a reținut că, în perioada de dinainte de momentul publicării/pronunțării hotărârii, rămân recunoscute efectele juridice ale actelor normative, acestea rămânând în ființă.

Nu mai o astfel de interpretare respectă principiul securității raporturilor juridice, precum și principiul încrederii legitime al beneficiarului actului, care a crezut în aparența de legalitate a acestuia.

Considerăm că, dacă efectul anulării actului normativ este similar celui din dreptul constituțional, al admiterii excepției de nelegalitate, potrivit art. 147 alin. 4 din Constituție, acesta trebuie să fie similar cu cel al abrogării (*Prior Legem*) temeiului legal al unui act normativ de reglementare secundară (*Secundum Legem*), între acestea existând același raport principal – subsecvent, în care la data încetării efectelor actului normativ principal își încetează efectele și actul normativ secundar³³.

³² Dec. cont. adm. fisc. nr. 716 din 19.02.2009 a Curții de Apel Cluj citată în Gabriela Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ, comentată și adnotată*, ed. a III-a, revăzută și adăugită, Ed. Univers Juridic, București, 2015, p. 553-554.

³³ A se vedea Ramona Delia Popescu, Andrei Gheorghe, *Producerea efectelor juridice ale actelor normative*, rtsa.ro/rtsa/index.php/rtsa/article/viewFile/32/28, p. 123.

De asemenea, trebuie avut în vedere că, din interpretarea dispozițiilor art. 1 alin. 6 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, în dreptul administrativ spre deosebire de dreptul civil, nu operează distincția între nulități, absolută și relativă și fundamentată pe natura interesului pe care îl protejează instituția publică, astfel că, în materia raporturilor de drept public-administrativ este imposibilă confirmării ulterioară a nulității.

În aceste condiții, în măsura în care actele administrative în baza cărora s-au format alte raporturi juridice din sfera altor ramuri de drept, (ex. civil, muncii) prin generarea unor raporturi neadministrative, opinăm că legalitatea sau oportunitatea acestora nu mai intră în competența de control a organului emitent al respectivului act administrativ, ci numai al instanței de judecată.

Considerăm că, toate aceste efecte specifice dreptului administrativ, produse distinct în dreptul civil fac ca, în materia noastră, între principiul legalității și cel al stabilității raporturilor juridice, acesta din urmă să primeze.

Nu în ultimul rând, în aceleași considerente, opinăm că, instanța de contencios administrativ putând să se pronunțe, potrivit art. 18 alin. 2 raportat la art. 1 alin. 6 din Legea nr. 554/2004, în sensul în care aceasta se poate pronunța asupra validității actelor juridice încheiate în baza actului administrativ nelegal, precum și asupra efectelor juridice produse de acestea.

În consecință, în opinia noastră, instanțele de contencios administrativ investite cu soluționarea unor cauze privind legalitatea unui act administrativ unilateral cu caracter individual și subsecvent unuia normativ anulat definitiv prin hotărâre judecătorească vor trebui să aprecieze de la caz la caz asupra validității primului, prin reținerea în cadrul raționamentului considerentelor a motivelor nulității, cu respectarea principiului neretroactivității și nu prin simpla aplicarea apriori a principiilor din dreptul civil *quod nullum est, nullum producit effectum și resolutio iure dantis resolvitur ius accipientis*.

ASPECTE PRIVIND FORMELE PROCEDURALE PREALABILE ADOPTĂRII SAU EMITERII ACTELOR ADMINISTRATIVE

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

Abstract

The elaboration of the administrative documents assumes the observance of some procedural forms that may condition the validity of the unilateral manifestation of will of the public administration body. The main prior procedural forms are the notice and the agreement. In the doctrine it is considered that the proposals, reports, essays, inquiries or certificates may also be of such character. Notices are opinions of a public administration body on a draft law or draft administrative act so that the public authority adopts or issues a legal and timely document. The request for the notice is conditioned by the existence of some duties of the administrative body in the field that represents the object of the legal document adopted or issued. The agreement represents the manifestation of the will of a public authority through which it expresses its consent to the adoption or issuance of an administrative document by a body of public administration.

The article analyzes the differences between these two prior procedural forms and insists on the difficulty of their qualification and the applicable legal regime.

Keywords: administrative document, procedural forms, notice, agreement

1. Introducere

Actul administrativ este o manifestare de voință făcută cu intenția de a produce efecte juridice, respectiv de a da naștere, a modifica sau a stinge raporturi juridice. El reprezintă principala formă juridică a activității autorităților administrației publice, celelalte forme fiind realizate pentru pregătirea, elaborarea sau punerea în executare a actelor administrative¹.

¹ C.-S. Săraru, *Drept administrativ, Probleme fundamentale ale dreptului public*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 66.

În doctrina de specialitate această manifestare unilaterală de voință a organului administrației publice a cunoscut diverse denumiri. Dintre acestea putem reține pe următoarele: „act administrativ”, „act de drept administrativ”, „act de autoritate”, „act administrativ”, „act de putere publică” sau „act de comandă”².

Autorii interbelici au folosit preponderent noțiunea de „act administrativ”, ca formă a activității puterii executive³.

În perioada postbelică denumirea de „act administrativ” a continuat să fie uzitată de majoritatea autorilor în condițiile în care atât Constituția din 1965⁴ cât legislația specială⁵ foloseau această sintagmă. Pe lângă aceste argumente de text se arată că „termenul de act administrativ este preferabil datorită folosirii îndelungate în literatura juridică și în practica juridică”⁶.

Literatura de specialitate din această perioadă a folosit și noțiunea „act de drept administrativ” cu scopul de a scoate în evidență regimul juridic specific al actelor organelor administrației de stat. În această perspectivă, „actele administrației de stat” reprezintă un concept complex în care intră categoria de „acte de drept administrativ” și categoria de „acte de drept civil ale organelor administrației de

² A.-S., Ciobanu, *Drept administrativ, Activitatea administrației publice. Domeniul public*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 35.

³ „Afară de aceste acte de guvern, miniștrii, fiecare în departamentul său ministerial, sau întruniți în consiliu, pot face o serie de acte administrative. Prin *act administrativ* înțelegem un act făcut de un funcționar administrativ, în aplicațiunea legilor, relativ la o materie administrativă, care intră în atribuțiunile aceluia funcționar” (P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ român*, volumul I, Cartea I-a, ed. a III-a, „Tipografiile Române Unite”, București, 1925, p. 323); „Activitatea puterii executive se traduce prin: *acte administrative*, spre deosebire cea legiuitoare, care face *acte legislative* și cea judecătorească care face *acte judiciare*” (M. Văraru, *Tratat de drept administrativ român*, Ed. Librăriei SOCEC & Co., București, 1928, p. 182); „Actul administrativ este o manifestare de voință a statului prin un organ al său în scopul de a soluționa o problemă de stat. În acest sens actul administrativ este „negotium juris”. În al doilea sens actul administrativ este forma exterioară, în care manifestațiunile de voință a organului s-a încorporat, actul cuprins în *scris sau în altă formă*, în care voința declarată este exteriorizată. Prin actul administrativ organele statului, administratorii, ajung în raport juridic (*vinculum juris*) cu membrii statului, administrații” (V. Onișor, *Tratat de drept administrativ român*, ed. II, Ed. „Cartea Românească”, București, 1930, p. 448).

⁴ Constituția Republicii Socialiste România din 29 iunie 1965 (în forma republicată în B. Of. nr. 56 din 8 aprilie 1974) prevede în art. 103 alin. (3) că „Tribunalele și judecătoriile judecă cererile celor vătămați în drepturile lor prin acte administrative, putând să se pronunțe, în condițiile legii, și asupra legalității acestor acte”.

⁵ În conformitate cu art. 1 din Legea nr. 1/1967 privind judecarea de către tribunale a cererilor celor vătămați în drepturile lor prin acte administrative ilegale (publicată B. Of. nr. 67 din 26 iulie 1967): „Cel vătămat într-un drept al său printr-un act administrativ ilegal poate cere tribunalului competent, în condițiile prezentei legi, anularea actului sau obligarea organului administrativ chemat în judecată să ia măsura corespunzătoare pentru înlăturarea încălcării dreptului său, precum și repararea pagubei. De asemenea, refuzul nejustificat de a satisface o cerere privitoare la un drept, cât și nerezolvarea unei astfel de cereri în termenul prevăzut de lege se socotește act administrativ ilegal”.

⁶ A. Negoită, *Drept administrativ*, Tipografia Universității din București, București, 1973, p. 45.

stat”⁷. Prin intermediul „actelor de drept administrativ” organele administrației de stat „se manifestă ca subiecte de drept special investite cu atribuții ale puterii de stat și care, ca atare, sunt obligatorii în temeiul declarației unilaterale de voință a organului competent, dată pe baza și în executarea legilor, chiar fără consimțământul persoanelor interesate”⁸.

După anul 1990 în terminologia constituțională și legală, în jurisprudența instanțelor de contencios administrativ, precum și în doctrina de specialitate a fost consacrată noțiunea de act administrativ, considerată mai adecvată prin faptul că scoate în evidență regimul juridic aplicabil⁹. De reținut că această noțiune este în majoritatea cazurilor concretizată în termeni precum decret, hotărâre, decizie, instrucțiune, ordin, dispoziție etc. care permite identificarea autorului actului administrativ și calea de control de urmat¹⁰. Analiza definițiilor din literatura de specialitate a dus la concluzia lărgirii noțiunii de act administrativ prin luarea în considerare a realităților juridice determinate prin asimilarea actului administrativ tipic și a altor acte sau fapte administrative, precum contractul administrativ, tăcerea administrației sau refuzul nejustificat¹¹.

În prezent legislația românească cuprinde și o definiție legală a actului administrativ. Potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (1) lit. c) teza întâi din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004¹², cu modificările și completările ulterioare, actul administrativ reprezintă „actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice”. Acesta poate fi considerat sensul restrâns al noțiunii, deoarece în sens larg prin act administrativ se înțelege orice act juridic emanat de la autoritățile publice în regim de putere publică¹³.

2. Procedura de elaborare a actelor administrative

Elaborarea actelor administrative presupune respectarea unor forme procedurale care pot condiționa valabilitatea manifestării unilaterale de voință a organului administrației publice. Deoarece nu toate formele procedurale pot avea această caracteristică

⁷ T. Drăganu, *Actele de drept administrativ*, Ed. Științifică, București, 1959, p. 35.

⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁹ I.M. Nedelcu, *Drept administrativ și elemente de știința administrației*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 343.

¹⁰ L. Chiriac, *Drept administrativ, Activitatea autorităților administrației publice*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 13.

¹¹ E.L. Catană, *Drept administrativ*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, pp. 258-259.

¹² Publicată în M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004.

¹³ A. Trăilescu, *Drept administrativ*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 179.

se face distincție între *formele esențiale*, care asigură legalitatea și oportunitatea actului administrativ, și *formele neesențiale*, care sunt prevăzute de lege în vederea stimulării „operativității” organelor administrației publice¹⁴.

În mod tradițional, în doctrina românească se utilizează următoarea clasificare a formelor procedurale de emitere sau de adoptare a actelor administrative: a) *forme anterioare* (avizul, acordul, propunerea, raportul, referatul, certificatul); b) *forme concomitente* (cvorumul, majoritatea, motivarea, semnarea, contrasemnarea, convocarea, ordinea de zi); c) *forme posterioare* (comunicarea, publicarea, aprobarea).

Dintr-o altă perspectivă, criteriul cronologic a fost considerat imprecis și insuficient, propunându-se următoarea clasificare a formelor procedurale: a) *proceduri consultative* (avizul, acordul, propunerea, raportul, darea de seamă, aprobarea, confirmarea, validarea, ratificarea); b) *proceduri competiționale* (concursul, examenul, interviul, licitația și alte proceduri de atribuire a contractelor administrative); c) *proceduri contradictorii* (obiecțiunile din procedura contravențională, cercetarea prealabilă); d) *proceduri de adoptare a actelor administrative de către organele pluripersonale* (convocarea, cvorumul de prezență, ordinea de zi, deliberarea, votul); e) *proceduri de divulgare a actelor administrative* (publicarea actelor normative, comunicarea actelor individuale); f) *jurământul*¹⁵.

Din punctul de vedere al naturii juridice formele procedurale reprezintă operațiuni tehnico-administrative ce inițiază și mențin sistemul decizional-administrativ¹⁶. În consecință, ele nu produc efecte juridice prin ele însele și nu pot forma obiectul unei acțiuni directe la instanța de contencios administrativ. Subliniem că în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (1) și (2) din Legea nr. 554/2004 instanța poate să oblige autoritate publică să efectueze o anumită operațiune administrativă și este competentă să se pronunțe asupra legalității operațiunilor care au stat la baza emiterii actului supus judecării.

3. Forme procedurale anterioare adoptării sau emiterii actelor administrative

Avizul și acordul sunt cele mai uzitate forme procedurale anterioare adoptării sau emiterii actelor administrative și cele care au ridicat cele mai dificile probleme teoretice și practice¹⁷. În practica administrativă sunt folosite însă și alte forme sub denumiri diferite precum: propuneri, referate, sesizări, rapoarte, studii, expertize,

¹⁴ T. Drăganu, *op. cit.*, p. 139.

¹⁵ O. Podaru, *Drept administrativ*, vol. I, *Actul administrativ, (I) Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 160.

¹⁶ L. Chiriac, *op. cit.*, p. III.

¹⁷ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Ed. All Beck, București, 2005, p. 57.

date statistice, informări, anchete, certificate. Și acestea sunt operațiuni tehnico-administrative care nu produc, prin ele însele, efecte juridice și sunt prelabile emiterii sau adoptării unui act administrativ¹⁸.

Prin *propunere* un organ administrativ solicită unui alt organ administrativ să realizeze o anumită măsură ori să emită un anumit act administrativ. *Rapoartele* și *referatele* sunt forme prelabile prin care un organ administrativ își precizează opinia în legătură cu anumite situații de drept sau de fapt, de a căror rezolvare depinde adoptarea sau emiterea unui act de către un alt organ administrativ¹⁹.

În fine, *certIFICATELE* sunt înscrisuri prin care un organ administrativ confirmă o stare de fapt sau de drept. De exemplu, certificatul de urbanism face parte din documentația prelabilă emiterii unei autorizații de construire. În conformitate cu art. 6 alin. (1) din Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții (republicată)²⁰, cu modificările și completările ulterioare, certificatul de urbanism este actul de informare prin președinții consiliilor județene sau primării²¹: „a) fac cunoscute solicitantului informațiile privind regimul juridic, economic și tehnic al terenurilor și construcțiilor existente la data solicitării, în conformitate cu prevederile planurilor urbanistice și ale regulamentelor aferente acestora ori ale planurilor de amenajare a teritoriului, după caz, avizate și aprobate potrivit legii; b) stabilesc cerințele urbanistice care urmează să fie îndeplinite în funcție de specificul amplasamentului; c) stabilesc lista cuprinzând avizele/acordurile necesare în vederea autorizării; d) încunoștințează investitorul/solicitantul cu privire la obligația de a contacta autoritatea competentă pentru protecția mediului, în scopul obținerii punctului de vedere și, după caz, al actului administrativ al acesteia, necesare în vederea autorizării”. Fiind o operațiune tehnico-administrativă certificatul de urbanism nu conferă dreptul de a executa lucrări de construcții.

4. Avizul

Avizele sunt opinii fundamentate legal ale unui organ administrativ cu privire la un proiect de act administrativ astfel încât un alt organ administrativ să adopte ori să emită un act legal și oportun. Solicitarea avizului este condiționată de existența unor atribuții ale organului administrativ în domeniul ce face obiectul actului

¹⁸ A. Trăilescu, *op. cit.*, p. 187; C. Manda, *Drept administrativ, Tratat elementar*, ed. a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 404.

¹⁹ L. Chiriac, *op. cit.*, p. 118.

²⁰ Republicată în M. Of. nr. 933 din 13 octombrie 2004.

²¹ Potrivit art. 6 alin. (1) coroborat cu art. 43 lit. a) din Legea nr. 50/1991 certificatul de urbanism poate fi emis, în mod excepțional, și de către instituțiile din sistemul de apărare, ordine publică și securitate națională, în baza unor proceduri comune stabilite împreună cu Ministerul Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene și Ministerul Culturii, în condițiile legii.

juridic adoptat sau emis²². Avizul poate fi intern, atunci când provine de la o structură internă a autorității emitente a actului administrativ, sau extern, atunci aparține unei alte autorități decât cea care urmează să emită actul juridic²³.

În funcție de situația dacă autoritatea emitentă este obligată să ceară avizul și să îl respecte se disting următoarele trei categorii: avizul facultativ, avizul consultativ și avizul conform²⁴. În cadrul fiecărei categorii se pot reține următoarele: „avizul favorabil”; „avizul favorabil, fără observații”; „avizul favorabil, cu observații”; „avizul favorabil, cu observații și propuneri”; „avizul negativ”. De regulă, atunci când este prevăzut un aviz se prevede și un termen în care organul solicitat trebuie să transmită acest aviz²⁵.

Avizul facultativ se caracterizează prin faptul că organul competent să adopte ori să emită un act administrativ este liber să-l solicite altui organ, iar dacă l-a cerut este liber să aprecieze dacă se va conforma conținutului acestuia²⁶. Prin urmare, avizul facultativ nu poate fi considerat o condiție de legalitate pentru actul administrativ deoarece prin conținutul său nu poate paraliza o decizie administrativă²⁷. Totodată, s-a arătat că avizele facultative nu pot fi considerat inutile în condițiile în care solicitarea lor consolidează decizia administrativă mai ales într-o situație mai dificilă când „nimic nu îl împiedică pe autorul actului administrativ să solicite avizele (facultative) ale mai multor autorități publice ori funcționari”²⁸.

Avizul consultativ se caracterizează prin faptul că organul competent să adopte ori să emită actul administrativ este obligat să-l solicite altui organ, determinat de lege, însă nu este ținut să i se conformeze²⁹. În doctrină se arată acest tip de aviz este singurul care are „o determinare constituțională”³⁰: Curtea Constituțională dă

²² De exemplu, Consiliul Concurenței, autoritate administrativă autonomă în domeniul concurenței, are printre atribuțiile sale și aceea de a „emite avize sau puncte de vedere pentru proiectele de acte normative, proiectele de documente de politici publice, care pot avea impact anticoncurențial, și poate recomanda modificarea acestora” [art. 25 alin. (1) lit. l) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată în M. Of. nr. 153 din 29 februarie 2016, cu modificările și completările ulterioare].

²³ Rodica Narcisa Petrescu, *Drept administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 321; D. Apostol Tofan, *Drept administrativ*, volumul II, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 36.

²⁴ În doctrina clasică a dreptului administrativ se făcea distincție între două categorii de avize: „Este aviz simplu, care nu leagă dreptul de hotărâre al ministrului, putând să-l urmeze, sau nu. Avizul conform, cerut de unele legi, leagă hotărârea ministrului, care trebuie să-l respecte, neavând dreptul de a da soluțiune decât în conformitate cu avizul dat”. A se vedea V. Onișor, *op. cit.*, p. 459.

²⁵ Atunci când organul solicitat nu emite avizul în termenul de avizare reglementat situația poate fi echivalată cu un „aviz tacit”. A se vedea art. 21 alin. (2) din *Regulamentul privind procedurile, la nivelul Guvernului, pentru elaborarea, avizarea și prezentarea proiectelor de documente de politici publice, a proiectelor de acte normative, precum și a altor documente, în vederea adoptării/aprobării* (aprobat prin H. G. nr. 561/2009 publicată în M. Of. nr. 319 din 14 mai 2009).

²⁶ T. Drăganu, *op. cit.*, p. 126.

²⁷ L. Chiriac, *op. cit.*, p. 111.

²⁸ O. Podaru, *op. cit.*, p. 170.

²⁹ T. Drăganu, *op. cit.*, p. 126.

³⁰ V. Vedinaș, *Drept administrativ*, ed. a IX-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 110.

aviz consultativ pentru propunerea de suspendare din funcție a Președintelui României [art. 146 lit. h) din Constituție].

Avizul conform se caracterizează prin faptul că organul competent să adopte ori să emită actul administrativ este obligat să-l solicite altui organ, determinat de lege, și este obligat să se conformeze acestuia. Organul competent are libertatea să nu mai emită actul administrativ dacă nu este de acord cu avizul conform³¹. Avizul conform nu poate fi considerat un act administrativ deoarece îi lipsește caracterul executoriu, considerat o trăsătură caracteristică a oricărui act administrativ³².

În practică este de multe ori dificilă calificarea avizelor și stabilirea regimului juridic aplicabil în condițiile în care actele normative sunt lipsite de rigurozitate sub acest aspect. De regulă, avizul facultativ nu este prevăzut de lege rămânând la aprecierea organului administrativ dacă are sau nu nevoie de opinia unui organ de specialitate pentru adoptarea sau emiterea actului administrativ³³. Atunci când legea prevede avizul facultativ al unei anumite organ al administrației publice se face mențiunea că acesta „nu este obligatoriu”³⁴.

În cazul avizului consultativ trebuie să rezulte în mod expres obligativitatea solicitării lui de către organul administrativ competent să emită ori să adopte un anumit act. De pildă, potrivit art. 35 alin. (4) din O.G. nr. 35/2002³⁵, cu modificările și completările ulterioare, proiectele de hotărâri ale consiliului local și celelalte probleme asupra cărora urmează să se delibereze se înscriu pe ordinea de zi numai dacă sunt însoțite de avizul comisiilor de specialitate cărora le-au fost transmise în acest scop și de raportul compartimentului de resort din cadrul aparatului propriu al consiliului local. Avându-se în vedere regulile de interpretare stabilite în jurisprudența și doctrina franceză, în doctrina de drept administrativ s-a subliniat că „în ce

³¹ E.L. Cătană, *op. cit.*, p. 274.

³² L. Chiriac, *op. cit.*, p. 115.

³³ V. I. Prisăcaru, *Tratat de drept administrativ român, Partea generală*, Ed. ALL, București, 1996, p. 276; A. Trăilescu, *op. cit.*, p. 185.

³⁴ De exemplu, art. 20 alin. (8) din *Regulamentul privind procedurile, la nivelul Guvernului, pentru elaborarea, avizarea și prezentarea proiectelor de documente de politici publice, a proiectelor de acte normative, precum și a altor documente, în vederea adoptării/aprobării* (aprobat prin H. G. nr. 561/2009) avizul Ministerului Justiției „nu este obligatoriu în cazul actelor cu caracter individual ce au ca obiect exclusiv: a) numiri și revocări din funcție; b) stabilirea unor date; c) aprobarea de indicatori tehnico-economici de investiții; d) aprobarea bugetelor de venituri și cheltuieli ale operatorilor economici și ale instituțiilor publice, pentru cazurile prevăzute de lege, și a rectificării acestora; e) acordarea de ajutoare financiare și de urgență; f) alocarea de fonduri de la bugetul de stat, suplimentarea bugetelor instituțiilor publice din Fondul de rezervă bugetară la dispoziția Guvernului, din Fondul de intervenție la dispoziția Guvernului, precum și din Fondul național de dezvoltare; g) aprobarea finanțării de proiecte și acțiuni din fondurile pentru promovarea imaginii externe a României; h) aprobarea stemelor pentru județe, municipii, orașe și comune; i) atestarea domeniilor publice ale unităților administrativ-teritoriale”.

³⁵ O. G. nr. 35/2002 pentru aprobarea Regulamentului-cadru de organizare și funcționare a consiliilor locale, publicată în M. Of. nr. 90 din 2 februarie 2002.

privește obligația de a solicita avizul, atunci când textul legal este neclar, el trebuie interpretat în sensul că suntem în prezența unei simple facultăți, iar nu a unei obligații³⁶.

Pentru stabilirea diferențelor dintre un aviz consultativ și un aviz conform nu este suficientă menționarea în textul normativ al caracterului obligatoriu al avizului. Identificarea naturii juridice a avizului trebuie realizată prin interpretarea celorlalte dispoziții care îl reglementează. În acest sens, în doctrină s-a dat exemplul art. 107 alin. (1) din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici (republicată)³⁷, cu modificările și completările ulterioare, care prevede că autoritățile și instituțiile publice au obligația de a solicita Agenției Naționale a Funcționarilor Publici avizul în anumite situații determinate³⁸. Faptul că suntem în prezența unui aviz conform rezultă din alin. (4) – (5) ale art. 107 care prevăd că, după obținerea avizului, dacă se modifică sau completează actele administrative avizate inițial acestea se comunică din nou Agenției Naționale a Funcționarilor Publice în vederea obținerii unui noi aviz³⁹.

În anumite situații, legiuitorul a calificat în mod expres tipul de aviz pe care l-a reglementat. Conform art. 20 alin. (2) din Regulamentul privind procedurile, la nivelul Guvernului, pentru elaborarea, avizarea și prezentarea proiectelor de documente de politici publice, a proiectelor de acte normative, precum și a altor documente, în vederea adoptării/aprobării (aprobat prin H.G. nr. 561/2009) Secretariatul General al Guvernului emite un „aviz conform” cu privire la „respectarea standardelor și procedurilor prevăzute de legislația în vigoare pentru elaborarea documentelor de politici publice”.

Legea nr. 340/2004 privind prefectul și instituția prefectului (republicată)⁴⁰, cu modificările și completările ulterioare, reglementează caracterul consultativ al avizelor prefectului privind proiectul de buget și situațiile financiare privind execuția bugetară întocmite de serviciile publice deconcentrate ale ministerelor și ale celorlalte organe ale administrației publice centrale din subordinea Guvernului [art. 8 alin. 3]. În schimb, ordinul prefectului de înființare și organizare a oficiilor prefecturale se emite numai cu avizul conform al Ministerului Afacerilor Interne [art. 31 alin. 2].

³⁶ O. Podaru, *op. cit.*, p. 168.

³⁷ Republicată în M. Of. nr. 365 din 29 mai 2007.

³⁸ Potrivit art. 107 alin. (1) situațiile în care autoritățile și instituțiile publice au obligația de a solicita Agenției Naționale a Funcționarilor Publici avizul privind funcțiile publice sunt următoarele: „a) stabilirea sau modificarea structurii de funcții publice pentru fiecare autoritate și instituție publică, în parte, de către conducătorul acesteia ori prin hotărâre a consiliului județean sau, după caz, a consiliului local, pe baza activităților prevăzute la art. 2 alin. (3); b) modificarea calității posturilor, potrivit art. III alin. (1) sau (5); c) reorganizarea activității autorității sau instituției publice”.

³⁹ Pentru explicații suplimentare a se vedea V. Vedinaș, *Statutul funcționarilor publici (Legea nr. 188/1999). Comentarii, legislație, doctrină și jurisprudență*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 290.

⁴⁰ Republicată în M. Of. nr. 225 din 24 martie 2008.

Legea nr. 24/2000 prevede avizul Consiliului legislativ ca fiind un „aviz de specialitate” care are „caracter consultativ” [art. 10 alin. 3]. Avizul Consiliului legislativ se formulează și se transmite în scris cu privire la proiectele de legi, propunerile legislative, precum și proiectele ordonanțe și hotărâri cu caracter normativ ale Guvernului⁴¹. Avizul poate fi: *favorabil*, *favorabil cu obiecții sau propuneri ori negativ*. Avizele favorabile care cuprind obiecții sau propuneri, precum și cele negative se motivează și pot fi însoțite de documentele sau de informațiile pe care se sprijină [art. 10 alin. 2].

5. Acordul

Acordul reprezintă manifestarea de voință a unui organ administrativ prin care își exprimă consimțământul la adoptarea sau emiterea unui act administrativ de către un alt organ administrativ⁴².

Acordul poate fi prealabil, concomitent sau posterior adoptării sau emiterii unui act administrativ. Din analiza practicii administrative s-a observat că acordul este extrem de rar în fazele concomitente și posterioare ale actului administrativ singura forma folosită în mod consecvent fiind acordul prealabil⁴³.

Acordul prealabil nu constituie un act administrativ distinct de actul față de care s-a exprimat acordul ci doar o condiție de legalitate pentru acesta. Având în vedere însă că se exprimă două manifestări de voință (manifestarea de voință a organului care dă acordul prealabil și manifestarea de voință a organului care emite sau adoptă actul administrativ), care converg spre producerea aceluiași efect juridic, acordul duce la formarea unor acte administrative complexe. Acordul prealabil poate să provină de la un organ administrativ aflat pe o treaptă superioară sau egală în ierarhia organelor administrative.

⁴¹ Procedura avizării proiectelor de legi, propunerilor legislative, proiectelor de ordonanțe și de hotărâri ale Guvernului cu caracter normativ este detaliată în cuprinsul Legii nr. 73/1993 privind înființarea, organizarea și funcționarea Consiliului Legislativ (republicată în M. Of. nr. 1122 din 29 noiembrie 2004). Potrivit art. 3 alin. (3) și art. 4 alin. (1) avizul Consiliului Legislativ are ca obiect următoarele: a) concordanța reglementării propuse cu Constituția, cu legile-cadru în domeniu, cu reglementările Uniunii Europene și cu actele internaționale la care România este parte, iar în cazul proiectelor de lege și a propunerilor legislative, natura legii și care este prima Cameră ce urmează a fi sesizată; b) asigurarea corectitudinii și clarității exprimării juridice, înlăturarea contradicțiilor sau necorelărilor din cuprinsul proiectului de act normativ, asigurarea caracterului complet al prevederilor sale, respectarea normelor de tehnică legislativă, precum și a limbajului normativ; c) prezentarea implicațiilor noii reglementări asupra legislației în vigoare, prin identificarea dispozițiilor legale care, având același obiect de reglementare, urmează să fie abrogate, modificate sau unificate, precum și prin evitarea reglementării unor aspecte identice în acte normative diferite.

⁴² R.-A. Lazăr, *Legalitatea actului administrativ, Drept românesc și drept comparat*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 135.

⁴³ E.L. Cătană, *op. cit.*, p. 274.

Cu privire la judecarea acțiunii directe în anularea actului administrativ s-a exprimat opinia, la care ne raliem, că vor trebui citați ca părâți atât organul emitent al actului cât și organul care și-a dat acordul. În afară de opozabilitatea hotărârii s-a invocat și motivul „de prudență în cazul stabilirii răspunderii pentru emiterea unui act administrativ ilegal, emanație a două sau mai multe manifestări de voință ce au dat naștere unei unități juridice, expresie a unei voințe unice”⁴⁴. În sens contrar, s-a susținut că doar organul administrativ emitent poate avea calitatea de părât în proces nu și organul care și-a dat acordul⁴⁵.

În analiza acordului prealabil în raport cu avizul s-a subliniat că nu există dificultăți în privința diferențierii acordului prealabil de avizul facultativ și avizul consultativ. În cazul celor două categorii de avize organul administrativ competent poate lua măsuri contrare opiniei exprimate prin aviz, în timp ce în cazul acordului prealabil este necesar consimțământul altui organ⁴⁶.

În cazul avizului conform deosebirea este mai dificilă deoarece, în ambele situații, organul competent nu poate adopta sau emite un act care se află în contradicție cu un act aparținând altui organ administrativ. Cele două categorii de forme procedurale nu se pot însă confunda deoarece în vreme ce avizul conform nu produce el însuși efecte juridice, în cazul acordului prealabil efectul juridic apare ca o consecință a manifestărilor de voință a două sau mai multe organe administrative⁴⁷.

Acordul posterior adoptării sau emiterii unui act administrativ este, astfel cum s-a arătat, mai rar întâlnit în practica administrativă și atunci când este solicitat îndeplinește condițiile unei „aprobări propriu-zise”⁴⁸. În doctrină sintagma de „acord posterior” a fost criticată deoarece „după adoptarea sau emiterea actului, orice opinie, indiferent de ce organ ar emite-o, este fără relevanță, întrucât actul administrativ de autoritate a fost adoptat sau emis, după caz, și el produce efectele juridice pentru care a fost adoptat sau emis”⁴⁹.

În afară de acordul exprimat de un organ administrativ în doctrină se susține și posibilitatea exprimării acordului de o persoană fizică sau juridică. În această opinie, prin acordul particularului se înțelege operațiunea administrativă care constă „în consimțământul dat, prealabil emiterii unui act administrativ, de către o persoană fizică sau juridică privată care ar putea fi lezată în drepturile ori interesele sale legitime de actul administrativ care urmează fi emis”⁵⁰. Un exemplu indicat, în acest sens, este

⁴⁴ R.-A. Lazăr, *op. cit.*, p. 137. În același sens a se vedea: A. Iorgovan, *op. cit.*, p. 60; D. Apostol Tofan, *op. cit.*, p. 37; L. Chiriac, *op. cit.*, p. 117; E.L. Cătană, *op. cit.*, p. 274.

⁴⁵ Rodica Narcisa Petrescu, *op. cit.*, p. 322; A. Trăilescu, *op. cit.*, p. 187; C. Manda, *op. cit.*, p. 405.

⁴⁶ T. Drăganu, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 128. Pentru asimilarea avizului conform cu acordul a se vedea M. Voican, *Drept administrativ*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 357.

⁴⁸ L. Chiriac, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁹ V.I. Prisacaru, *op. cit.*, p. 277.

⁵⁰ O. Podaru, *op. cit.*, p. 172.

acordul vecinilor dat în formă autentică necesar pentru emiterea valabilă a autorizației de construire atunci când se edifică cu încălcarea servituților de urbanism⁵¹.

6. Concluzii

O privire de ansamblu asupra regimului juridic al formelor procedurale anterioare emiterii sau adoptării actului administrativ arată o preocupare constantă acestei probleme a doctrinei dreptului administrativ din România din ultimul secol. Acest interes se explică prin incidența sporită a acestor forme în practica administrativă, în special a avizului și a acordului. Nu pot fi neglijate nici numeroasele incoerențe terminologice și controverse privind efectele juridice ale formelor procedurale, generate de lipsa unei reglementări unitare a regimului juridic al actului administrativ. În ultimele decenii s-a consolidat ideea codificării dreptului administrativ abandonându-se teoria tradițională conform căreia dreptul administrativ nu poate fi codificat ca urmare a excesivei sale „mobilități”. Asupra modului concret de realizare a acestui proces opiniile sunt diferite propunându-se de către majoritatea autorilor o codificare în etape care să debuteze cu adoptarea unui Cod de procedură administrativă. Deși Tezele prelabile ale proiectului Codului de procedură administrativă au fost adoptate în urmă cu aproape un deceniu, finalizarea acestui proces este foarte îndepărtată în ciuda interesului manifestat în teoria și practica dreptului administrativ.

⁵¹ Potrivit art. 27 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, aprobate prin Ordinul ministrului Dezvoltării regionale și locuinței nr. 839 din 12 octombrie 2009 (publicat în M. Of. nr. 797 din 23 noiembrie 2009, cu modificările și completările ulterioare) acordul vecinilor este necesar în următoarele situații: „a) pentru construcțiile noi, amplasate adiacent construcțiilor existente sau în imediata lor vecinătate și numai dacă sunt necesare măsuri de intervenție pentru protejarea acestora; b) pentru lucrări de construcții necesare în vederea schimbării destinației în clădiri existente; c) în cazul amplasării de construcții cu altă destinație decât cea a clădirilor învecinate”.

PROCEDURA SPECIALĂ REGLEMENTATĂ DE LEGEA NR. 255/2010

Jud. Ana-Maria NICOLCESCU

1. Diferențe principale față de procedura cadru

Legea specială nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean sau local stabilește cadrul juridic pentru luarea măsurii necesare executării lucrărilor enunțate în art. 1¹, iar în art. 2 enunță cazurile de utilitate publică în care își găsește aplicabilitatea, fiind de notorietate publică că acest act normativ acoperă cea mai mare parte din obiectivele de interes public, motiv pentru care necesită o analiză minuțioasă, ca și procedura cadru.

Astfel, identificăm o primă diferență față de legea cadru (pe care o putem cataloga ca fiind „dreptul comun” în materie) ce prezintă cu titlu general tipurile de lucrări de utilitate publică.

¹ „Prezenta lege stabilește cadrul juridic pentru luarea măsurilor necesare executării: lucrărilor de construcție, reabilitare și modernizare de drumuri de interes național, județean și local, lucrărilor de construcție, reabilitare și extindere a infrastructurii feroviare publice, lucrărilor necesare dezvoltării rețelei de transport cu metroul și de modernizare a rețelei existente, lucrărilor de dezvoltare a infrastructurii aeroportuare, precum și a infrastructurii de transport naval, lucrărilor din domeniul gospodării apelor, respectiv construcțiile hidrotehnice și lucrările anexe, acumulările de apă permanente și nepermanente, cantoanele de exploatare, digurile de apărare împotriva inundațiilor, construcțiile și instalațiile hidrometrice, instalațiile de determinare automată a calității apei, lucrările de amenajare, regularizare sau consolidare a albiilor, canalelor și derivațiilor hidrotehnice, stațiile de pompare, precum și altor construcții hidrotehnice realizate pe ape, lucrări de renaturare, reabilitare zone umede și de asigurare a conectivității laterale, lucrărilor de construcție, reabilitare, modernizare și dezvoltare a stațiilor turistice de interes național, lucrărilor de construcție, reabilitare, modernizare, dezvoltare și ecologizare a zonei litorale a Mării Negre, lucrărilor de amenajare, dezvoltare sau reabilitare a pârtiilor de schi, cu instalațiile de transport pe cablu aferente, cu lucrările de amenajare, instalațiile și echipamentele de producere a zăpezii și gheții artificiale și de întreținere a pârtiilor, instalațiile pentru iluminatul pârtiilor de schi și alte echipamente necesare dezvoltării domeniului schiului, amenajarea, dezvoltarea sau reabilitarea pârtiilor destinate practicării celorlalte sporturi de iarnă - biatlon, bob, sanie, sărituri de la trambulină - a patinoarelor și echiparea cu instalațiile și echipamentele corespunzătoare, cuprinse în Programul național de dezvoltare a turismului „Schi în România”, aprobat prin Legea nr. 526/2003, cu modificările și completările ulterioare, lucrărilor de interes național de dezvoltare a producerii, transportului și distribuției de energie electrică și gaze naturale, de extracție a gazelor naturale și lucrărilor miniere de interes național pentru exploatarea zăcămintelor de lignit, care se execută în baza unei licențe de exploatare, lucrărilor pentru realizarea Sistemului național al perdelelor forestiere de protecție, precum și pentru împădurirea terenurilor degradate.”

Datorită individualizării concrete a tipurilor respective de lucrări, Legea nr. 255/2010 enumeră și autoritățile abilitate să reprezinte expropriatorul².

În schimb, expropriator este tot statul român pentru obiectivele de interes național și unitățile administrativ – teritoriale pentru obiectivele de interes județean, respectiv de interes local³, rezultând că legea specială nu se îndepărtează sub acest aspect de structura clasică a exproprierii.

Ceea ce diferențiază în mod substanțial normele speciale față de dreptul comun este procedura în sine, respectiv etapele procedurii de expropriere, care accelerează transferul dreptului de proprietate, după consemnarea sumei individuale⁴.

Expropriatorul are obligația de a consemna sumele individuale cu titlu de despăgubire la dispoziția proprietarilor de imobile, individualizați potrivit listei proprietarilor, care primesc notificarea de expropriere a imobilelor, precum și lista acestora, prin poștă.

Persoana expropriată este, de asemenea, obligată să se prezinte în termen de 20 de zile de la comunicarea notificării la sediul expropriatorului în scopul stabilirii unei juste despăgubiri, iar după epuizarea etapei a II-a constând în consemnarea sumei individuale și afișarea listei imobilelor ce urmează a fi expropriate, se va emite decizia de expropriere de către expropriator, care poate fi contestată, contestația asupra acesteia nesuspendând transferul dreptului de proprietate⁵.

În opinia noastră, elementul pregnant de diferențiere al celor două proceduri constă în faptul că transferul dreptului de proprietate operează de drept la data emiterii actului de expropriere, după ce sumele aferente despăgubirii au fost consemnate, ceea ce determină și obligativitatea evaluării bunului imobil la starea în care se găsește la momentul exproprierii⁶.

Actul de expropriere este definit expres de legea specială ca fiind unul administrativ, atrăgându-se implicit competența instanței de contencios administrativ în soluționarea contestației⁷, pe când în situațiile de drept comun stabilirea exproprierii se realizează prin hotărâre judecătorească⁸.

² Art. 2 alin. 3 din Legea nr. 255/2010.

³ Art. 2 alin. 2 din Legea nr. 255/2010 și art. 12 alin. 2 din Legea nr. 33/1994.

⁴ Art. 4 din Legea nr. 255/2010: „Etapile procedurii de expropriere sunt: a) aprobarea indicatorilor tehnico – economici ai lucrărilor de interes național, județean sau local; b) consemnarea sumei individuale aferente reprezentând plata despăgubirii pentru imobilele care fac parte din coridorul de expropriere și afișarea listei proprietarilor imobilelor; c) transferul dreptului de proprietate; d) finalizarea formalităților aferente procedurii de expropriere.”.

⁵ Art. 7 și 8 din Legea nr. 255/2010.

⁶ Spre exemplu, „terenul ce se expropriază trebuie evaluat la momentul exproprierii, indiferent dacă pe acesta există sau nu rețele utilitare și indiferent de momentul la care acestea au fost realizate”, principiu reținut în decizia nr. 120/4 decembrie 2014 a Curții de Apel Alba – Iulia – secția I civilă (*ne-publicată*).

⁷ A se vedea art. 10 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

⁸ O. Puie, *Regimul juridic al terenurilor. Cadastrul și publicitatea imobiliară asupra terenurilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 561.

Modalitatea în care se realizează transferul dreptului de proprietate, conform art. 9 alin. 4, a fost apreciată ca neconstituțională în doctrină, arătându-se că specificul judiciar al exproprierii este consacrat în art. 44 din Constituție⁹.

Astfel, alin. 6 al acestei norme stabilește cu valoare de principiu că „Despăgubirile prevăzute în alineatele 3 – 5 se stabilesc de comun acord cu proprietarul sau, în caz de divergență, prin justiție.”

Asistăm, totodată, la o procedură accelerată, în care titularul dreptului real are o posibilitate și mai restrânsă de a avea acces *ab initio* la toate datele și de a se opune procedurii înseși, înainte ca transferul de proprietate să opereze.

Transferul imediat al dreptului de proprietate și obligația expropriatorului de a solicita intabularea dreptului de proprietate asupra culoarului de expropriere, urmate de obligația de a începe lucrările într-un termen rezonabil, care este unul relativ, nedeterminat, nu concordă în opinia noastră nici măcar cu imperativele Constituției impuse prin art. 44 alin. 3, în ipoteza în care contestația formulată împotriva deciziei de expropriere ar fi admisă, cu atât mai mult cu cât decizia de expropriere are și valoare de titlu executoriu pentru predarea bunului imobil.

Aspectul evidențiat de noi este și mai mult pus în lumină de faptul că după ce transferul dreptului de proprietate intervine într-o etapă caracterizată prin celeritate, persoana expropriată are dreptul de a contesta cuantumul despăgubirilor în termenul general de prescripție de trei ani, conform art. 22 alin. 1 din Legea nr. 255/2010.

În ceea ce privește acest termen, legiuitorul a stabilit sancțiunea decăderii pentru neacționarea în justiție în respectivul interval, fiind vorba despre o „decădere de drept substanțial”¹⁰. Ceea ce prezintă relevanță este faptul că un astfel de termen nu este supus suspendării și întreruperii, spre deosebire de termenele de prescripție, însă în situația de față apreciem că sunt incidente dispozițiile art. 2548 alin. 311 din noul Cod civil, având în vedere că realizarea dreptului presupune exercitarea unei acțiuni în justiție.

Remarcăm faptul că legiuitorul a utilizat instituția decăderii la data emiterii legii speciale, când nu era prevăzută expres *de lege lata*, însă caracteristicile acesteia erau deja prefigurate prin utilizarea ei la decăderea din drepturile părintești, decăderea din beneficiul de inventar, decăderea din beneficiul unui drept suspensiv etc.¹², la intrarea în vigoare a noului Cod civil - 01.01.2011, act normativ care dedică titlurile II și III din Cartea a VI-a instituției decăderii.

⁹ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 186.

¹⁰ B. Nazat, *Unele considerații referitoare la procedura exproprierii reglementată de Legea nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean și local*, în *Dreptul* nr. 5/2017, p. 54.

¹¹ „De asemenea, atunci când realizarea dreptului presupune exercitarea unei acțiuni în justiție, termenul este întrerupt pe data introducerii cererii de chemare în judecată sau de arbitrare ori de punere în întârziere, după caz, dispozițiile privitoare la întreruperea prescripției fiind aplicabile în mod corespunzător.”;

¹² M. Nicolae, *Tratat de prescripție extinctivă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 138-142.

Situațiile de expropriere din România se regăsesc în cvasitotalitatea lor în Legea nr. 255/2010, ce reglementează această procedură care pune în valoare cu prioritate interesul public, astfel încât nu se mai poate vorbi de o echilibrare a celor două drepturi, așa cum se stabilește în preambulul Legii nr. 33/1994¹³.

Sub aspectul momentului stabilirii despăgubirilor, apreciem însă că legea specială este adecvată doar pentru ipotezele în care deciziile expropriatorului rămân definitive în forma propusă, întrucât titularul dreptului real primește un echivalent al acestuia într-un interval foarte scurt, care nu permite cel puțin teoretic oscilații semnificative, corespunzând astfel exigențelor de dreptă și prealabilă despăgubire, spre deosebire de procedura instituită de Legea nr. 33/1994, expusă în capitolul anterior.

Procedura expusă este apropiată mai degrabă de reglementarea din art. 562 alin. 3 C. civ., care propune o expropriere pe cale amiabilă, cu justă și prealabilă despăgubire, și numai în situația divergenței asupra cuantumului despăgubirilor, „aceasta se stabilește pe cale judecătorească.”

În schimb, în situația contrară se vor aplica dispozițiile art. 18 – 21 din lege care evidențiază faptul că despăgubirea se va plăti după data deciziei administrative de expropriere, eludându-se în consecință și caracterul prealabil al acesteia¹⁴.

Prin această modalitate de reglementare se anihilează implicit principiile instituite în Legea nr. 33/1994 care delimitează exproprierea, ca măsură de excepție, de cazurile excepționale ce reclamă *per se* o procedură accelerată, legea specială nemaiprevăzând astfel de distincții.

Având în vedere toate elementele anterior prezentate de diferențiere față de procedura – cadru și faptul că majoritatea cazurilor de expropriere își găsesc corespondent în Legea nr. 255/2010, lege pe care am considerat-o în favoarea interesului public și în defavoarea interesului privat, apreciem că legiuitorul ar trebui să revină asupra procedurii speciale ori asupra tipurilor de lucrări ce fac obiectul procedurii accelerate, fiind de notorietate că toate aceste lucrări s-au efectuat într-un interval de timp considerabil.

De altfel, în doctrină s-a vorbit despre o incoerență în materia reglementării exproprierii prin mai multe acte normative ce propun proceduri diferite¹⁵, ce poate fi evitată printr-o lege unică a exproprierii, opinie la care achiesăm.

În acest sens, din expunerea de motive elaborată pentru Legea nr. 255/2010¹⁶ rezultă că emiterea ei a avut ca fundament necesitatea unei reglementări care să răspundă urgenței cu care trebuie realizate obiectivele de acest gen, cu atât mai mult

¹³ A se vedea în acest sens și V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 166.

¹⁴ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 186.

¹⁵ O. Podaru, *O viziune coerentă asupra activității autorităților publice asupra bunurilor pe care le dețin*, studia.law.ubbcluj.ro.

¹⁶ cdep.ro.

cu cât majoritatea au fost proiectate pe bază de finanțare externă, fiind condiționate de termene – limită.

În doctrină s-a exprimat și punctul de vedere că procedura specială reglementată de acest act normativ nu ar aduce modificări substanțiale dreptului de proprietate privată, fiind emis în scopul urgentării lucrărilor de investiții¹⁷.

Cu toate acestea, așa cum subliniam la începutul secțiunii, obiectivele de interes public nu s-au realizat și nu se realizează în intervale rezonabile care să facă acceptabilă această procedură accelerată, potrivnică interesului privat, care, de altfel, tinde a avea caracter general, așa cum reiese din expunerea de motive a Legii nr. 220/2013 prin care s-a abrogat Legea nr. 210/2010. Această din urmă lege a fost privită ca specială și derogatorie față de Legea nr. 255/2010, susținându-se necesitatea unei reglementări unice care să includă și domeniul construcției rețelelor de transport și al distribuției energiei electrice¹⁸.

Mai reținem în același sens că Legea nr. 255/2010 sancționează contravențional neeliberarea în termenele stabilite de această lege a certificatelor de urbanism, avizelor, acordurilor, permiselor și a autorizațiilor de către autorități, aspect pe care nu îl regăsim și în legea-cadru, ceea ce evidențiază încă o dată intenția legiuitorului de a da eficiență maximă măsurii de expropriere, odată ce utilitatea publică ar fi constatată.

2. H.G. nr. 53/2011 privind Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 255/2010

2.1. Dispoziții generale

Normele de punere în aplicare a Legii nr. 255/2010 evidențiază și mai mult distanțarea legii speciale față de dreptul comun, cu atât mai mult cu cât pentru Legea nr. 33/1994 nu s-au elaborat norme speciale de punere în aplicare.

Așa cum arătam în prima secțiune a acestui studiu, Legea nr. 255/2010 vizează practic cvasitotalitatea situațiilor de expropriere din România, rămânând ca actul normativ din 1994 să stabilească doar cadrul generic, calapodul instituției exproprierii, observându-se din jurisprudența analizată pe parcursul lucrării că, în fapt, legea specială se completează cu dispozițiile Legii nr. 33/1994 în majoritatea covârșitoare a cazurilor numai în ceea ce privește stabilirea despăgubirii și măsurile de protecție a persoanei expropriate.

Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 255/2010 sunt structurate după aceeași formulă ca și legea la care se anexează, urmând a puncta câteva elemente ce

¹⁷ I. Popescu, I. Stancea, *Protecția dreptului de proprietate, ca drept al omului, prin dispoziții ale constituției și legislației administrative și civile*, în revista Drepturile omului nr. 3/2011, p. 49.

¹⁸ gov.ro.

ni se par de reținut în cercetarea modului de funcționare a instituției exproprierii pentru cauză de utilitate publică în dreptul român.

Astfel, dispozițiile generale încep prin a defini „coridorul de expropriere” ca noțiune de bază și fac trimitere la planul topografic realizat în sistemul național de proiecție STEREOGRAFIC 1970, sistem de referință care este considerat a fi conform, respectând unghiurile¹⁹.

Lucrările de utilitate publică enunțate în Legea nr. 255/2010 sunt explicitate prin art. 2 alin. 1 din Norme, care includ în cadrul acestora „totalitatea lucrărilor prealabile, a lucrărilor execuției propriu-zise, precum și a celor ce urmează finalizării operațiunilor de construire, reabilitare, dezvoltare, modernizare, deviere, extindere, amenajare, ecologizare etc.”, dar nici prevederea expusă nu conturează o definiție precisă a lucrărilor de utilitate publică, ceea ce semnifică faptul că legiuitorul a înțeles să nu limiteze tipurile de lucrări ce pot fi incluse în categoria respectivă, tocmai pentru ca procedura să se desfășoare după un mecanism care să nu pună bariere în celeritatea procedurii, prin formalism excesiv.

În schimb, trebuie reținut faptul că Hotărârea Guvernului nr. 28/2008, respectiv anexa 2, în baza cărora se menționează că este elaborată documentația tehnico – economică aferentă lucrărilor de utilitate publică, sunt abrogate prin Hotărârea Guvernului nr. 907 din 29 noiembrie 2016 privind etapele de elaborare și conținutul – cadru al documentațiilor tehnico – economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

2.2. Etapele procedurii de expropriere

În ceea ce privește etapele procedurii de expropriere, remarcăm faptul că hotărârea pentru aprobarea declanșării procedurii de expropriere cuprinde aproape toate elementele acesteia, prin aprobarea indicatorilor tehnico – economici, amplasamentul lucrărilor, sursa de finanțare, declanșarea procedurii de expropriere, lista proprietarilor și nu în ultimul rând sumele individuale și termenul în care sumele individuale aferente despăgubirilor se virează într-un cont deschis pe numele expropriatorului.

De asemenea, procedura cuprinde și etapa emiterii hotărârii pentru aprobarea documentațiilor de urbanism și/sau amenajare a teritoriului care aprobă documentația menționată, conținând toate elementele enumerate anterior de la sursa de finanțare, fiind însoțită de planul topografic. Indicatorii tehnico – economici reprezintă varianta finală a studiului de fezabilitate, elaborați în condițiile Legii nr. 500/2002 privind finanțele publice și ale Legii nr. 215/2001 a administrației publice locale.

În numeroase cazuri planurile urbanistice generale și cele zonale prefigurează o expropriere de fapt, o „rezervare” a dreptului de proprietate, existând situații în care

¹⁹ ro.wikipedia.org.

dreptul de proprietate privată a fost limitat prin simpla manifestare a intenției de expropriere, care s-a materializat într-un interval considerabil, astfel încât proprietarii lipsiți de certitudinea efectuării unor astfel de lucrări de interes public nu au demarat propriile lucrări²⁰.

De altfel, există jurisprudență care atestă faptul că s-au anulat astfel de PUZ-uri, ca acte administrative autonome, tocmai în considerarea faptului că acte administrative ulterioare, precum exproprierea, vor părea a fi legal emise din moment ce vor fi concordante cu prevederile documentației de urbanism de tip PUZ²¹.

Au existat și situații când în baza unor PUZ – uri aprobate prin hotărâri ale consiliului local, spre exemplu, s-a trecut o parte din terenul expropriat în intravilan, însă despăgubirile au fost acordate de instanță, ținându-se seama de valoarea terenului raportat la categoria terenului de la data exproprierii²².

Forța de titlu executoriu a deciziei de expropriere este subliniată în norme ca și în lege, în sensul că aceasta produce efecte de la data emiterii, fără alte formalități, pentru predarea bunului imobil, atât față de persoanele expropriate, cât și față terții interesați, singura garanție pentru protejarea dreptului de proprietate privată fiind determinată de stabilirea acestui moment după consemnarea sumelor aferente despăgubirii.

Spre deosebire însă de dreptul comun, în situația legii speciale se pune accent pe formalitățile de publicitate, respectiv pe notarea din oficiu a deciziei de expropriere, aspect pe care l-am subliniat ca fiind pozitiv în derularea procedurii exproprierii.

2.3. Documentațiile cadastrale

O condiție esențială în procedura exproprierii o constituie întocmirea documentației cadastrale, coridorul de expropriere fiind suprapus peste planurile parcelare deja existente sau care se vor întocmi conform Hotărârii Guvernului nr. 890/2005 pentru aprobarea Regulamentului privind procedura de constituire, atribuțiile și funcționarea comisiilor pentru stabilirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor, a modelului și a modului de atribuire a titlurilor de proprietate, precum și punerea în posesie a proprietarilor.

De reținut este faptul că se acordă număr cadastral doar pentru suprafața ne-expropriată, în ipoteza în care se expropriază doar o parte din imobil, modalitate diferită față de cea tipică reglementată de art. 4 alin. 1 din Ordinul nr. 700/2014

²⁰ Av. G. Trantea – Niculeasa Law Office, *Exproprierea de fapt prin intermediul planurilor urbanistice*, niculeasa.ro.

²¹ I. Dobrinescu, T. Zoran, *Cenzura judiciară a planurilor urbanistice prin prisma proprietății private. O analiză critică a jurisprudenței Tribunalului București*, www.juridice.ro.

²² A se vedea cu titlu de exemplu decizia nr. 399/23 februarie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Ploiești – secția I civilă (*nepublicată*).

privind aprobarea Regulamentului de avizare, recepție și înscriere în evidențele de cadastru și carte funciară²³.

Evidența juridică în regim de carte funciară se ține pe imobile și nu pe persoane, ceea ce diferențiază acest sistem real de publicitate imobiliară față de cel anterior, personal, al registrelor de transcripțiuni și înscripțiuni imobiliare, considerent pentru care apreciem că și în cazul exproprierii procedura ar putea fi una similară, din moment ce partea de imobil expropriată este susceptibilă de retrocedare etc.

În aceste condiții, ar fi oportună, *de lege ferenda*, instituirea posibilității de modificare a imobilului prin dezlipire, raportat la dispozițiile art. 132 alin. 1 din același act normativ, operațiune care are la bază necesitatea unei mai bune exploatare a imobilului, fără transferul dreptului de proprietate, având în vedere această posibilitate materială de fracționare a imobilului, înainte de emiterea deciziei de expropriere.

De altfel, art. 7 alin. 7 din Norme reține caracterul de excepție al măsurilor de expropriere și necesitatea actualizării informațiilor tehnice cu acordul proprietarului și doar în lipsa consimțământului său, cu acordul președintelui comisiei locale pentru stabilirea dreptului de proprietate privată asupra terenului ori al reprezentantului expropriatorului, după o prealabilă notificare prin poștă a proprietarului.

Pentru această primă fază a procedurii, mai reținem ca element de diferențiere față de dreptul comun faptul că expertul evaluator se raportează la valorile din expertizele întocmite și actualizate de camerele notarilor publici²⁴ și că titularii drepturilor reale interesați nu pot contesta valorile stabilite decât în fața instanței, după emiterea deciziei de stabilire a despăgubirilor.

2.4. Accesul la imobilele afectate de expropriere

Modalitatea de efectuare a expertizei descrisă în subsecțiunea anterioară și obligația deținătorilor cu orice titlu ai imobilelor afectate de elaborarea variantei finale a studiului de fezabilitate pe coridorul de expropriere de a permite accesul pentru materializarea tuturor operațiunilor necesare conduce la concluzia că legea specială are ca scop reglementarea unei proceduri accelerate, dar care în realitate se desfășoară pe parcursul unei perioade considerabile, limitând în substanță dreptul de proprietate privată.

Se observă că persoanele afectate de aceste demersuri nu sunt notificate personal în acest sens, ci intenția expropriatorului devine publică prin afișarea anunțului la sediul reprezentantului unității administrativ – teritoriale, motiv pentru care apreciem că restricționarea dreptului de proprietate privată nu este singulară, putând avea consecințe precum atingerea vieții private sau de familie.

²³ „În sistemul integrat de cadastru și carte funciară fiecare imobil este reprezentat printr-un poligon închis căruia îi este atribuit un număr cadastral unic și pentru care este deschisă o carte funciară”.

²⁴ Art. 8 alin. 1 din Norme.

În aceste condiții, și obligația autorităților administrației publice locale și forțelor de ordine publică de a-și da concursul la îndeplinirea acestor măsuri poate fi privită din aceeași perspectivă.

Așadar, dispozițiile prezentate întăresc și mai mult opinia noastră în ceea ce privește poziția privilegiată a expropriatorului și preeminența dreptului de proprietate publică asupra garanțiilor dreptului de proprietate privată, motiv pentru care această balanță ar trebui reechilibrată.

2.5. Funcționarea comisiei de verificare a dreptului de proprietate sau a altor drepturi reale și acordarea despăgubirilor

Comisia se constituie în termen de 5 zile de la data emiterii deciziei de expropriere, la nivelul fiecărei unități administrativ – teritoriale, având ca obiectiv analizarea cererilor formulate de persoanele interesate, pe baza documentelor anexate și a tuturor registrelor și arhivelor.

Vom sublinia componența comisiei, care este alcătuită exclusiv din reprezentanți ai expropriatorului, unității administrativ – teritoriale, primarul/viceprimarul unității administrativ – teritoriale, prefectului și al oficiului de cadastru.

Astfel, titularul dreptului real afectat se află din nou pe o poziție de inferioritate, din moment ce nu poate contesta cuantumul despăgubirii decât în faza judiciară.

Obiecțiile sale sunt menționate în procesul – verbal prin care se încheie această etapă, fiind urmat în termen de două zile de emiterea hotărârii de stabilire a despăgubirilor.

Și revocarea hotărârii comisiei²⁵ se realizează pentru motive temeinice, tot fără ca partea interesată să-și exprime opinia.

De asemenea, plata efectivă se realizează numai la cererea efectivă a expropriatorului și doar persoanei indicate de către acesta, în conturile deschise de unitatea bancară la solicitarea aceleiași entități, pe baza informațiilor furnizate tot de expropriator.

Expunerea Capitolului V din Norme nu este una exhaustivă, însă își propune să evidențieze și mai mult procedura cu caracter unilateral și necesitatea elaborării unei proceduri moderne care să respecte deopotrivă fundamentele dreptului de proprietate privată.

În ceea ce privește Capitolul VI din Norme apreciem că anumite avize, acorduri, certificate și autorizații, fiind emise de persoane juridice specializate, sunt chiar utile soluționării judicioase a procedurii exproprierii.

²⁵ Art. 16 alin. 3 din Norme.

3. Elemente jurisprudențiale relevante evidențiate în aplicarea Legii nr. 255/2010

Relevând interdependența dintre teoria și practica dreptului, Nicolae Titulescu sublinia că „În domeniul științelor sociale în general, în drept în special, nu există deosebire între teorie și practică, cum se întâmplă în chimie, de pildă”.

Acesta recomanda juriștilor să se aplece spre terenul practicii și să privească dreptul ca pe o știință socială, prin prisma realităților prezentului și să prefigureze, pe această bază, exigențele și prefacerile viitoare²⁶.

Constatăm că aceste aserțiuni sunt general valabile în dreptul contemporan, iar pentru a stabili care sunt soluțiile legislative viabile într-un domeniu, se impune cercetarea unui câmp larg de practică judiciară, cercetare care să evidențieze cu pregnanță lacunele și punctele sensibile ale unei reglementări, finalizând cu propunerile *de lege ferenda*, de aceea vom expune în cele ce urmează câteva exemple edificatoare din practica actuală a instanțelor judecătorești cu privire la expropriere.

1. În jurisprudența instanțelor judecătorești s-au conturat două puncte de vedere cu privire la interpretarea dispozițiilor art. 22 alin. 1 din Legea nr. 255/2010, în ceea ce privește posibilitatea solicitării unei exproprieri suplimentare în cadrul acestei etape.

Astfel, într-o primă opinie, s-a apreciat că aceste prevederi interzic în mod expres contestarea dreptului de proprietate către expropriator, iar în a doua opinie s-a concluzionat că solicitarea unei exproprieri suplimentare are valoarea contestării transferului dreptului de proprietate dispus inițial prin expropriere sub aspectul întinderii obiectului asupra căruia acest transfer poartă²⁷.

Având în vedere momentul la care se formulează această cerere, respectiv în faza contestării quantumului despăgubirilor, și conținutul ei, achiesăm la cea de a doua opinie aparținând Înaltei Curți de Casație și Justiție, întrucât legea specială este derogatorie față de dreptul comun în ceea ce privește posibilitatea contestării transferului dreptului de proprietate către expropriator asupra imobilului, iar trimiterea la art. 21 – 27 din Legea nr. 33/1994 nu privește decât aspecte procesuale.

Alte instanțe au apreciat că persoanei al cărei imobil se află în perimetrul expropriabil nu îi este îngăduit să aibă inițiativa declanșării procedurii, această prerogativă aparținând numai expropriatorului, raportat însă la dispozițiile art. 4 și 5 din Legea nr. 255/2010, cât și art. 21 alin. 2, art. 23 alin. 2 din Legea nr. 33/1994, considerente care au determinat admiterea excepției inadmisibilității cererii²⁸.

²⁶ N. Titulescu, *Observațiuni asupra reorganizării facultăților de drept*, p. 7, cit. în *Opere complete*, Volumul I, Nicolae Titulescu, Ed. All Beck, București, 2001, p. 8-9.

²⁷ Î.C.C.J. – secția I civilă, decizia nr. 614/17 martie 2016 - www.scj.ro.

²⁸ Tribunalul București – secția a III-a civilă, sentința civilă nr. 1421/09.11.2016 (*nepublicată*).

În opinia noastră, motivarea expusă poate fi doar adăugată celei a Înaltei Curți de Casație și Justiție, completând dispoziția expresă a art. 22 alin. 1 din Legea nr. 255/2010, întrucât „rațiunea pentru care legiuitorul a înțeles să excludă posibilitatea persoanei expropriate de a contesta transferul dreptului de proprietate către expropriator este aceea de a nu se ajunge la expropriere prin eludarea etapelor și a procedurii reglementate de lege, procedură în care alte organe ale statului, iar nu instanțele judecătorești, au competența și obligația de a lua anumite măsuri specifice.”²⁹

Astfel, Înalta Curte de Casație și Justiție s-a exprimat în mod similar prin decizia de speță nr. 565/07 februarie 2013 a Secției I civile, având ca obiect tot o lege specială, respectiv Legea nr. 198/2004, că instanțelor de judecată nu le este permis să se substituie autorității executive și să efectueze sau să înlocuiască prin hotărâre judecătorească, procedura exproprierii.

Dimpotrivă, atribuțiile puterii judecătorești sunt depășite în situația dispunerii exproprierii prin hotărâri, concluzionându-se că acestea au atribuții limitate doar la cenzurarea cuantumului despăgubirilor³⁰.

Prin urmare, nici solicitarea de a se modifica anexa la hotărârea de expropriere în sensul includerii reclamanților și la alte poziții decât cele inițiale nu poate fi primită³¹, această solicitare fiind o cerere indirectă de expropriere prin hotărâre judecătorească.

De lege ferenda, apreciem însă că s-ar impune inserarea în cuprinsul legii de expropriere actuale sau al unei alteia adecvate interesului privat a unei dispoziții asemănătoare cu cea prevăzută de art. 60 din Legea de expropriere pentru cauză de utilitate publică de la 1864, cel puțin pentru situațiile în care „imobilul expropriat este atins în esența sa, nu în valoarea sa, cum ar fi în cazul desființării anumitor drepturi reale, de pildă servituțile.”³²

O atare soluție ar putea echilibra în anumite situații balanța între interesul general și necesitatea de a proteja proprietatea privată, fără ca expropriatorul să fie împovărat de o sarcină exorbitantă.

²⁹ Î.C.C.J. – secția I civilă, decizia nr. 614/17 martie 2016 - www.scj.ro.

³⁰ Î.C.C.J. – secția I civilă, decizia nr. 565/07 februarie 2013 - www.scj.ro.

³¹ Decizia civilă nr. 28/C/24.02.2017 pronunțată de Curtea de Apel Constanța – secția I civilă (*nepublicată*).

³² *Legea de expropriere pentru cauză de utilitate publică. Anexe legile din Franța, Vechiul Regat, Transilvania, Bucovina, Basarabia, formularul actelor cerute de lege. Doctrină de Petre Alex. Mănescu, jurisprudență de Dem. D. Stoenescu*, cu o prefață de D-l. C. Hamangiu, Consilier la Înalta Curte de Casație și Justiție, Directorul „Pandectelor Române”, 1927, p. 316 – 317: „Dacă din cauză de utilitate publică urmează a se cumpăra parte din edificii, iar proprietarii lor prin o declarațiune formală adresată arbitrilor – președinte în termenul prevăzut la art. 36, ar cere cumpărarea în total, atunci acelea se vor cumpăra în întregime. Asemenea vor avea proprietarii dreptul de a cere cumpărarea pământului întreg în caz când prin expropriațiune s’ ar reduce partea rămasă la o a 4-a parte și dacă această parte va fi mai mică de 10 arii și proprietarul nu va poseda nici un alt loc alături.”

II. Pentru identitate de rațiune, terenul neexpropriat învecinat cu cel expropriat, având, spre exemplu, categoria de folosință agricol, nu poate fi utilizat pentru construcții, din moment ce lucrările de utilitate publică realizate în zonă nu au împiedicat proprietarii să cultive terenul conform categoriei de folosință menționate.

În consecință, acordarea unor despăgubiri egale cu valoarea prețului de circulație a terenului neexpropriat, în condițiile în care nu s-a dispus și exproprierea lui, reprezintă o îmbogățire fără justă cauză, stabilirea unor astfel de despăgubiri fiind nelegală deoarece nu se circumscriu noțiunii de prejudiciu la care se referă art. 26 din Legea nr. 33/1994³³.

III. O altă tipologie de speță pe care o vom prezenta se referă la necesitatea respectării ordinii etapelor procedurii de expropriere.

Astfel, prin cererea de chemare în judecată, reclamantul a chemat în judecată pârâta Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale S.A., solicitând instanței ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună obligarea pârâtei să emită în condițiile art. 20 din Legea nr. 255/2010 hotărârea de stabilire a cuantumului despăgubirilor pentru imobilul compus din casă și teren în suprafață de 3470 m.p.

La data de 03.11.2015, reclamantul a formulat precizare la cererea de chemare în judecată în sensul că a solicitat instanței să dispună și obligarea pârâtului la plata penalităților de întârziere în cuantum de 100 lei/zi de întârziere până la îndeplinirea obligației.

Tribunalul a admis în parte cererea de chemare în judecată formulată, a obligat pârâtul să emită hotărârea de stabilirea a cuantumului despăgubirilor și a respins capătul de cerere privind penalitățile de întârziere³⁴, reținând următoarea stare de fapt: la data de 03.11.2014 reclamantul a fost notificat să se prezinte în 20 de zile calendaristice la sediul pârâtei pentru a depune documente care să ateste dreptul său de proprietate în vederea unei juste despăgubiri și deși acesta s-a prezentat în data de 17.11.2014 și a depus înscrisurile solicitate comunicând totodată că nu este mulțumit de cuantumul despăgubirii publice prin H.G. nr. 689/19.08.2014, această notificare nu a mai fost urmată de o altă procedură, prevăzută de Legea nr. 255/2010, respectiv aceea prevăzută de art. 18 din lege, cu toate că obligația de a numi comisia de verificare și de a stabili cuantumul despăgubirii este clar stabilită în sarcina pârâtului.

S-a apreciat, așadar, că reclamantul este îndreptățit să se adreseze instanței pentru a obține protecția dreptului de proprietate încălcat, deoarece termenul de 5 zile prevăzut de art. 18 din Legea nr. 255/2010 este expirat de un an de zile, ori lipsirea reclamantului atât de dreptul de proprietate, cât și de despăgubirea justă și

³³ Decizia civilă nr. 129/19 decembrie 2014 pronunțată de Curtea de Apel Alba – Iulia – secția I civilă (*nepublicată*).

³⁴ Tribunalul Gorj – secția I civilă, sentința civilă nr. 378/15.12.2015 (*nepublicată*).

prealabilă prevăzută de lege, nu poate fi acceptată pentru o perioadă de timp nedeterminată, în condițiile în care emiterea hotărârii de stabilire a cuantumului despăgubirilor se află la latitudinea expropriatorului care nu a înțeles să respecte termenul prevăzute de Legea nr. 255/2010.

Tribunalul a constatat că în cauză a fost depășit termenul rezonabil acordat pârâtului pentru emiterea hotărârii de stabilire a cuantumului despăgubirii, respectiv termenul de un an, că decizia de expropriere nu a mai fost urmată până în prezent și de emiterea hotărârii de stabilire a despăgubirilor și de plată a acestor despăgubiri în conformitate cu dispozițiile art. 19 – 21 din Legea nr. 255/2010.

Pornind de la premisa că obligațiile a căror îndeplinire a fost solicitată de reclamant trebuiau realizate de pârât într-un termen rezonabil și că durata unei proceduri poate fi apreciată ca fiind rezonabilă numai în măsura în care asigură eficacitatea respectivei proceduri, tribunalul a considerat că lipsa hotărârii de stabilire a despăgubirilor echivalează cu refuzul de a-și îndeplini obligațiile reglementate de Legea nr. 255/2010, iar un asemenea refuz nu poate rămâne necenzurat, astfel că demersul reclamantului este justificat față de art. 21 alin. 1 din Constituție și art. 6 din CEDO.

Decizia pronunțată în apel împotriva acestei sentințe³⁵, criticată numai sub aspectul primului capăt de cerere, a evidențiat aceleași considerente, la care achiesăm, soluția instanțelor fiind în concordanță atât cu dreptul intern, cât și cu cel european.

IV. În aceeași ordine de idei, cererea de obligare a expropriatorului la plata despăgubirilor anterior emiterii dispoziției Primarului General al municipiului București a fost respinsă ca prematură, soluție pe care o apreciem corectă, raportat la dispozițiile art. 21 din Legea nr. 255/2010, chiar dacă sumele au fost consemnate anterior acestui moment.

Astfel, s-a reținut că pentru finalizarea procedurii de expropriere este necesară emiterea unei hotărâri individuale de expropriere de către comisia special numită de către expropriator, pentru a se stabili în mod definitiv care sunt titularii dreptului de proprietate expropriați, ce suprafață se expropriează de la fiecare și ce sumă se cuvine fiecăruia³⁶.

Urmând raționamentul expus în ultimele două spețe, deducem că reclamantul are deschisă calea acțiunii în obligație de a face, respectiv aceea a cererii de emitere a hotărârii de stabilire a cuantumului despăgubirilor pentru imobilul în litigiu, în condițiile art. 20 din Legea nr. 255/2010³⁷.

³⁵ Curtea de Apel Craiova, secția I civilă – decizia nr. 2499/03.05.2016 (*nepublicată*).

³⁶ Sentința civilă nr. 1648/12.12.2016 pronunțată de Tribunalul București – secția a III-a civilă (*nepublicată*).

³⁷ A se vedea în acest sens decizia civilă nr. 202/23 iunie 2016 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara – secția I civilă (*nepublicată*).

Există și practică contrară, unele instanțe reținând că expropriatorul nu poate paraliza demersul judiciar al persoanei îndreptățite la despăgubiri, invocând lipsa hotărârii de stabilire a acestora, pe care el însuși avea îndatorirea să o emită, în condițiile în care întârzierea sau refuzul de a emite hotărârea sunt nejustificate.

În speță³⁸, din actele și lucrările dosarului, a rezultat că pârâtul, prin reprezentanți, a intrat în posesia de fapt a imobilelor în litigiu, a început și a finalizat lucrarea de utilitate publică, motiv pentru care s-a apreciat că nu există nici un impediment legal sau o justificare obiectivă pentru neemiterea hotărârii de stabilire a cuantumului despăgubirilor, fiind respinse excepția prematurității și excepția inadmisibilității și stabilindu-se direct cuantumul despăgubirilor prin hotărâre judecătorească.

Cu toate acestea, este de reținut că pretențiile au fost întemeiate în drept pe dispozițiile art. 22 din Legea nr. 255/2010, fapt ce atrage prematuritatea unei astfel de cereri.

Altă instanță³⁹ a apreciat că prematuritatea nu poate fi reținută, raportat la art. 4 din Legea nr. 255/2010, care evidențiază etapele exproprierii, corelat cu art. 9 alin. 4, în baza căruia expropriatorul avea obligația de a consemna sumele pentru care expropriatul a fost notificat.

Curtea de apel a mai reținut că în temeiul art. 18 expropriatul putea să confirme sau să infirme dacă acceptă sau nu cuantumul despăgubirii, așa cum a fost el comunicat prin notificare, art. 19 reglementând modalitatea de plată a despăgubirilor, în baza cererilor formulate de persoanele expropriate.

Considerăm că această interpretare aparent corectă este contrazisă de prevederile art. 19 în concurs cu cele ale art. 20 – 22, de unde rezultă că legiuitorul a prevăzut ca unică modalitate de reglare a cuantumului despăgubirii contestarea hotărârii de stabilire a acesteia în fața instanțelor specializate, iar în speță a fost necesară întocmirea unui raport de expertiză pentru cuantificarea despăgubirilor, sumele consemnate nefiind egale cu valoarea rezultată din expertiză.

De asemenea, este de notorietate faptul că sumele consemnate sunt blocate până la finalizarea procesului, care poate dura și câțiva ani, iar în situația emiterii unei hotărâri de încetare a procedurii exproprierii, despăgubirile consemnate sunt retrase, ceea ce întărește argumentația în favoarea respingerii unei astfel de cereri, ca inadmisibilă⁴⁰.

În aceste condiții, motivarea instanțelor întemeiată pe art. 1 par. 1 din Protocolul adițional la Convenție și art. 44 alin. 3 din Constituție⁴¹ nu este suficientă pentru a

³⁸ Decizia civilă nr. 72/27 aprilie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, secția I civilă (*nepublicată*).

³⁹ Decizie nr. 202/23 ianuarie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Craiova – Secția I civilă (*nepublicată*).

⁴⁰ Spre exemplu, decizia nr. 944/4 mai 2017 pronunțată de Curtea de Apel Ploiești – secția I civilă (*nepublicată*).

⁴¹ A se vedea exemplificativ decizia nr. 202/23 iunie 2016 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara – secția I civilă (*nepublicată*).

înlătura etapele imperative ale exproprierii, deoarece inclusiv partea reclamantă a stat în pasivitate și nu a uzat de acțiunea în obligație de a face.

Astfel, inclusiv Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat cu putere de principiu în jurisprudența acesteia că art. 6 par. 1 din Convenție nu obligă statele părți să supună litigiile privind drepturile și obligațiile cu caracter civil unei proceduri care să respecte în integralitate, în toate etapele, exigențele art. 6, astfel încât intervenția inițială a organismelor administrative sau profesionale, cu sau fără prerogative judiciare, poate fi justificată dacă respectivele organisme sunt supuse unui control ulterior efectuat de organe judiciare cu competență deplină, care să garanteze aceste drepturi⁴².

De asemenea, în jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție s-a statuat că deși art. 19 din Legea nr. 255/2010 nu prevede un termen expres pentru emiterea hotărârii de stabilire a despăgubirilor sau de consemnare a acestora, din coroborarea art. 9 alin. 4 și art. 19 alin. 4, 5, rezultă că expropriatorul nu are posibilitatea amânării *sine die* a obligațiilor respective, ci de realizare într-un termen rezonabil, înainte de operarea transferului de proprietate⁴³, punctându-se astfel principiul justei și prealabilei despăgubiri, care însă este contrazis de succesiunea etapelor procedurii de expropriere din legea specială.

Așadar, chiar dacă intenția legiuitorului a fost de a ocroti exercițiul dreptului expropriatului la o justă despăgubire, nici caracterul prescriptibil al cererii în contestarea despăgubirilor⁴⁴ nu ar putea constitui un argument pentru eludarea procedurii imperative, din moment ce aceasta a fost edictată tocmai pentru a-i da posibilitatea persoanei expropriate de a lua cunoștință de cuantumul despăgubirii oferită de expropriator și a evalua dacă este sau nu corespunzător.

Față de aceste considerente, apreciem că o cerere având ca obiect obligație de a face nu poate avea ca accesoriu nici solicitarea de daune interese în baza art. 1 din O.G. nr. 13/2011 ce vizează sume de bani deja stabilite, pentru plata cărora s-a stabilit o scadență certă, astfel încât prevederile menționate nu sunt aplicabile în spețe de acest gen⁴⁵, având în vedere și conținutul art. 905 Cod de procedură civilă, cu ultimele modificări, care ar permite punerea în executare a obligației respective, dar după inițierea executării silit.

⁴² A se vedea cu titlu de exemplu Cauza Buzescu împotriva României, Hotărârea din 24 mai 2005, în *Jurisprudența CEDO în cauzele împotriva României. Culegere de hotărâri pentru examenele de admitere și promovare în magistratură. Teste grilă*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 274; *Affaire Le Compte, Van Leuven și De Meyere împotriva Belgiei* (requête no 6878/75; 7238/75) - dalloz-etudiant.fr.

⁴³ Î.C.C.J., Secția I civilă, decizia nr. 1923/04 aprilie 2013 – www.scj.ro.

⁴⁴ A se vedea în acest sens decizia nr. 2141/07 aprilie 2016 pronunțată de Curtea de Apel Craiova – Secția I civilă (*nepublicată*).

⁴⁵ Tribunalul Gorj, Secția I civilă, sentința civilă nr. 128/22 iunie 2017 (*nepublicată*).

V. În mod asemănător, s-a apreciat că procedurile acordării despăgubirilor sunt reglementate în mod expres prin Legea nr. 255/2010, iar întrunirea comisiei privind constatarea acceptării sau neacceptării cuantumului despăgubirilor este condiționată de o nouă hotărâre de guvern pentru suplimentarea sumelor reprezentând despăgubiri, instanța nu se poate imixtiona în procedura prealabilă administrativă pentru a dispune momentul întrunirii comisiei.

Această opinie a fost, în schimb, contrazisă de instanța de control judiciar, care a schimbat soluția contestată în sensul obligării pârâtului să asigure întrunirea comisiei conform art. 18 din Legea nr. 255/2010 și emiterea hotărârii de acceptare sau neacceptare a cuantumului despăgubirilor⁴⁶, curtea apreciind că problema depășirii termenului rezonabil și aceea a nedeplinirii obligației de numire a comisiei se determină reciproc, argumentație pe care o considerăm corectă, în spiritul analizei anterior expuse.

VI. Indiferent de modalitatea de executare, creditorul are dreptul la daune pentru neexecutare sau executarea cu întârziere a obligației de plată stabilită prin titlul executoriu. În acest sens, actualizarea creanțelor nu asigură repararea integrală a prejudiciului produs, având o natură juridică diferită de cea a dobânzii solicitate de reclamantă, iar scopul actualizării este acela de a menține valoarea reală a obligației monetare la data efectuării plății, acordându-se cu titlu compensatoriu (*damnum emergens*), pe când dobânda penalizatoare, reprezentând câștigul pe care creditoarea l-ar fi obținut din investirea banilor, dacă aceștia ar fi fost plățiți la scadență, se acordă cu titlu de reparare a prejudiciului cauzat prin întârziere și acoperă beneficiul ne-realizat (*damnum emergens*)⁴⁷.

În lipsa oricărui litigiu în legătură cu dreptul de proprietate, pârâtul nu poate să refuze plata reprezentând despăgubirea pentru imobilul expropriat, refuzul fiind de natură să întârzie repararea despăgubirii ca urmare a exproprierii și, pe cale de consecință, să-l îndreptățescă pe reclamant să pretindă plata dobânzilor.

Așadar, dobânda datorată de debitorul obligației bănești pentru neexecutarea la termen a plății, respectiv la scadență, reprezintă o dobândă penalizatoare, potrivit art. 1 alin. 1 pct. 3 din O.G. nr. 13/2011, ce se cuvine creditorului⁴⁸.

De altfel, neplata la timp a despăgubirii reprezintă un principiu evidențiat și de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în jurisprudența acesteia cu privire la expropriere, stabilindu-se că prin amânarea cu „17 luni” a achitării indemnizației în litigiu, autoritățile naționale au alterat caracterul „adecvat” al acesteia și, în consecință,

⁴⁶ Curtea de Apel Craiova – secția I civilă, decizia nr. 1368/23 mai 2017 (*nepublicată*).

⁴⁷ A se vedea în acest sens decizia civilă nr. 2092/10.12.2015 pronunțată de Curtea de Apel Pitești – secția I civilă (*nepublicată*).

⁴⁸ Decizia civilă nr. 1654/19.10.2015 pronunțată de Curtea de Apel Pitești – secția I civilă (*nepublicată*).

au distrus echilibrul ce trebuie să existe între protejarea interesului general și a celui privat⁴⁹.

VII. Efectivitatea plății despăgubirilor nu trebuie să conducă la măsuri excesive de natura obligării Ministerului Finanțelor Publice, în calitate de chemat în garanție, o astfel de cerere fiind inadmisibilă în raport de dispozițiile art. 72 și următoarele din Codul de procedură civilă⁵⁰. În susținerea acestui raționament facem referire și la considerentele recursului în interesul legii dat prin decizia nr. 10/2011 a Înaltei Curți de Casație și Justiție⁵¹.

VIII. Nu în ultimul rând, ținem să precizăm faptul că practica este constantă în reținerea ca adecvată a metodei comparației directe pentru stabilirea cuantumului just al despăgubirilor, ca și în cazul Legii nr. 33/1994, spre deosebire de alte metode cum ar fi aceea a „prudenței”, în funcție de publicațiile mass-media⁵².

De aceea, administrarea unui probatoriu complet care să includă și proba cu expertiza tehnică de specialitate se impune în cazul acestui tip de litigii, constatându-se că în quasitotalitatea cazurilor prejudiciul este calculat pe baza expertizei.

4. Decizia nr. 67/21.02.2017 a Curții Constituționale

Prin decizia nr. 67/21.02.2017⁵³, Curtea Constituțională a stabilit că dispozițiile art. 14 din Legea nr. 255/2010⁵⁴ nu sunt constituționale pe considerentul că această reglementare încalcă principiul egalității în drepturi consacrat de art. 16 din Constituție.

⁴⁹ Cazul Akkuş contra Turciei prezentat de Dr. M. Voicu în *Protecția europeană a drepturilor omului. Teorie și jurisprudență*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 303-305.

⁵⁰ Decizia civilă nr. 39/C/06 mai 2015 pronunțată de Curtea de Apel Constanța – secția I civilă, decizia civilă nr. 118/C/28 octombrie 2015 pronunțată de Curtea de Apel Constanța – secția I civilă (*nepublicate*).

⁵¹ lege5.ro.

⁵² Decizia civilă nr. 1552/13 iunie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Craiova – secția I civilă (*nepublicată*), decizia civilă nr. 86/C/31 mai 2017 pronunțată de Curtea de Apel Constanța – secția I civilă (*nepublicată*).

⁵³ www.ccr.ro.

⁵⁴ „Scoaterea, definitivă ori temporară, a terenurilor necesare pentru obiectivele de interes național, județean și local din circuitul agricol și, respectiv, din fondul forestier național se exceptează de la plata taxelor prevăzute la art. 92 alin. (4) din Legea fondului funciar nr. 18/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, respectiv a taxelor și a celorlalte sume datorate potrivit art. 33 alin. (2) lit. h), art. 36 alin. (2), art. 41 și 42 din Legea nr. 46/2008 - Codul silvic, cu modificările și completările ulterioare, și art. 42 alin. (3) lit. h) din Legea îmbunătățirilor funciare nr. 138/2004, republicată, cu completările ulterioare.”.

De asemenea, excepțiile prevăzute de lege constituie „un factor de neclaritate în aplicarea criteriilor privind despăgubirile cuvenite”, de natură a aduce atingere garanțiilor conferite de art. 1 alin. 5 din Constituție, „în componenta sa privind claritatea legii”, considerându-se că respectivele interpretări aduc atingere implicit art. 44 din legea fundamentală.

Autorul excepției a criticat textul menționat întrucât creează un regim discriminatoriu în ceea ce privește acordarea despăgubirilor în materia exproprierii, ce favorizează statul, dar care în același timp contravine interesului public de protecție a dreptului la un mediu sănătos, acest ultim aspect fiind apreciat ca neaplicabil în speță de către Curte.

În esență, instanța de contencios constituțional a apreciat că deși statul are dreptul de a fi exceptat de la niște taxe, nu poate fi exonerat de obligația de a achita o justă despăgubire persoanelor expropriate, situație survenită ca urmare a soluției legislative propuse în art. 14 din Legea nr. 255/2010, potrivit căruia scoaterea, definitivă ori temporară, din fondul forestier național, a terenurilor necesare pentru obiectivele de interes național, județean și local, se exceptează de la plata despăgubirilor prevăzute de art. 41 alin. 1 lit. b)-d) și art. 42 alin. 1 lit. b)-d) din Legea nr. 48/2008 privind Codul silvic, cuvenite persoanelor fizice și persoanelor juridice private, încălcându-se astfel dispozițiile art. 16 alin. 1 și art. 44 alin. 2 și 3 din Constituție.

Soluția expusă nu comportă critici din punctul nostru de vedere, Curtea realizând o analiză judicioasă a dreptului persoanelor expropriate în ipoteza specială detaliată anterior de a fi just despăgubite, raportat la garanțiile principiului fundamental al nediscriminării.

În schimb, în paragraful 13 Curtea susține un raționament asemănător celui înșusit de unele instanțe de drept comun, din care ar rezulta că prin consemnarea sumelor individuale expropriatorului se conformează exigenței unei despăgubiri prealabile, raționament la care nu achiesăm potrivit motivării din secțiunea anterioară.

Pornind de la decizia de referință nr. 1/1995 a Curții Constituționale prin care s-a stabilit la nivel de principiu că puterea de lucru judecat însoțește nu numai dispozitivul deciziilor Curții Constituționale, ci și considerentele pe care se sprijină acesta⁵⁵, se pune întrebarea în ce măsură paragraful 13 din decizia analizată în prezenta secțiune se impune celorlalte instanțe cu putere de lucru judecat, conducând în acest fel și la unificarea implicită a practicii, sub aspectele arătate.

Apreciem în raport de considerentele anterior expuse că argumentele reținute de Curtea Constituțională în paragraful 13 din decizie nu au legătură în mod necesar cu dispozitivul, adică nu-l explicitează, ci abordează o chestiune colaterală, care nu

⁵⁵ Citată în M. Safta, K. Benke, *Obligativitatea considerentelor deciziilor Curții Constituționale*, revista *Dreptul*, nr. 9/2010, p. 29.

se impune cu obligativitate instanțelor judecătorești, raportat la dispozițiile art. 147 alin. 4 din Constituție⁵⁶.

Per a contrario, Curtea Constituțională și-ar depăși atribuțiile legale prevăzute de art. 146 din Constituție, așa cum sunt afirmate în propria jurisprudență.

⁵⁶ V. M. Ciobanu, T. C. Briciu, *Analiza O.U.G. nr. 1/2016 în lumina deciziei Curții Constituționale nr. 895/2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 666 NCPC* – www.juridice.ro.

UNELE ASPECTE PRIVIND INFORMAȚIA ÎN MATERIE DE MEDIU

*Asis. univ. dr. Maria-Cristina PETRE
Facultatea de Drept
Universitatea din București*

Rezumat

Asigurarea accesului membrilor societății la informație în materie de mediu oferă acestora posibilitatea de a se implica în mod eficient în acțiunile de protecție a mediului și sănătății umane.

Demersul științific de față urmărește abordarea anumitor aspecte relevante surprinse în reglementarea existentă în acest domeniu.

Cuvinte-cheie: mediu, informație, drept de acces

Some aspects on environmental information

Abstract

Ensuring that society's members have access to environmental information gives them the possibility to effectively engage in environmental protection activities and human health.

This scientific approach seeks to address some of the relevant aspects that have been encountered in the existing regulation in this field.

Keywords: environment, information, right of access

Pornind de la o realitate incontestabilă, aceea potrivit căreia o persoană informată asupra problemelor care prezintă interes public, între care un loc aparte ocupă problemele de mediu, este o persoană care poate acționa de o manieră adecvată, conștientă fiind asupra implicațiilor pe care diferitele situații le pot avea asupra societății căreia îi aparține, a fost asigurat, la nivel național, internațional și al Uniunii

Europene, cadrul juridic care să pună la dispoziția publicului pârgھیile necesare exercitării dreptului de acces la informație în materie de mediu.

Dreptul publicului de a avea acces la informația privind mediul apare ca o particularizare a dreptului la informație în general, drept fundamental prevăzut în art. 31 din Constituția României¹, al cărui cadru de exercitare este detaliat, în mod firesc, în acte normative cu forță juridică inferioară.

Importanța accesului la informația privind mediul a fost subliniată în documente relevante adoptate în cadrul unor conferințe de referință în domeniul mediului, care au avut o contribuție deosebită la creșterea conștientizării publicului asupra problemelor de mediu; astfel, în Declarația Conferinței Națiunilor Unite asupra Mediului, de la Stockholm din 1972, s-a stabilit, la nivel de principiu, că „este necesar ca mijloacele de informare în masă (...) să difuzeze informații cu caracter educativ privind necesitatea apărării și a îmbunătățirii mediului pentru a-i permite omului să se dezvolte din toate punctele de vedere” (Principiul 19), iar în Declarația Conferinței Națiunilor Unite privind Mediul și Dezvoltarea, de la Rio de Janeiro din 1992, s-a consacrat, tot la nivel de principiu, că „la nivel național, fiecărui individ i se va asigura accesul la informațiile ce privesc mediul deținute de autoritățile publice, inclusiv la informații privind substanțe și activități periculoase din comunitatea respectivă, precum și participarea la procesul decizional. Statele vor facilita și încuraja sensibilizarea și participarea publică făcând informațiile publice.”

Urmând aceeași linie, eforturile stabilirii unui cadru adecvat exercitării dreptului de acces la informația de mediu s-au concretizat în documente precum Convenția privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziei și accesul la justiție în probleme de mediu, semnată la Aarhus la 25 iunie 1998², Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2003/4/CE din 28 ianuarie 2003 privind accesul publicului la informația privind mediul și abrogarea Directivei Consiliului nr. 90/313/CEE³, Regulamentul (CE) nr. 1367/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 6 septembrie 2006 privind aplicarea, pentru instituțiile și organismele

¹ Pentru detalii privind dreptul fundamental la informație a se vedea Ștefan Deaconu, *Drept constituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 242-244, Gheorghe Iancu, *Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale în România*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 265-278, Cristian Ionescu, în Cristian Ionescu, Corina Adriana Dumitrescu (coord.), *Constituția României. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 413- 417, Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1, Ed. All Beck, București, 2003, p. 214-216, Ioan Muraru, în Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 298-303.

² Această convenție a fost ratificată de România prin Legea nr. 86 din 10 mai 2000, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 224 din 22 mai 2000. Totodată, convenția a fost aprobată în numele Uniunii Europene prin Decizia 2005/370/CE a Consiliului din 17 februarie 2005, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 124 din 17 mai 2005.

³ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 41 din 14 februarie 2003.

comunitare, a dispozițiilor Convenției de la Aarhus privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziilor și accesul la justiție în domeniul mediului⁴ ș.a.

În România, alăturat documentelor cu relevanță în domeniu adoptate la nivel internațional și al Uniunii Europene, a căror respectare rezultă fie din ratificarea acestora, fie din calitatea de stat membru al UE, accesul la informația privind mediul își găsește izvorul și în acte normative cum sunt Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195 din 22 decembrie 2005 privind protecția mediului⁵, Hotărârea Guvernului nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul⁶, dar și în numeroase reglementări cu caracter sectorial.

Accesul la informație în materie de mediu reprezintă o garanție a dreptului fundamental al omului la un mediu sănătos⁷ și, în același timp, se înscrie în categoria principiilor și elementelor strategice expres consacrate în articolul 3 din reglementarea cadru în domeniul protecției mediului, respectiv Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195 din 22 decembrie 2005, cu modificările și completările ulterioare⁸.

Informația privind mediul a fost definită de legiuitorul român ca fiind orice informație scrisă, vizuală, audio, electronică sau sub orice formă materială despre: starea elementelor de mediu, cum sunt aerul și atmosfera, apa, solul, suprafața terestră,

⁴ Publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 264 din 25 septembrie 2006.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 1196 din 30 decembrie 2005, cu modificările și completările ulterioare.

⁶ Acest act normativ a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 760 din 22 august 2005, fiind modificat prin O.U.G. nr. 70 din 14 iunie 2009, publicată în M. Of. nr. 444 din 29 iunie 2009, și transpune în dreptul românesc prevederile Directivei Parlamentului European și a Consiliului nr. 2003/4/CE din 28 ianuarie 2003 privind accesul publicului la informația privind mediul și abrogarea Directivei Consiliului nr. 90/313/CEE.

⁷ Dreptul la un mediu sănătos cunoaște consacrare expresă în Constituția României, în art. 35, în urma revizuirii Legii fundamentale. Legea de revizuire a Constituției României nr. 429 din 23 octombrie 2003 a fost aprobată prin referendumul național din 18-19 octombrie 2003 și a intrat în vigoare la data de 29 octombrie 2003, data publicării în M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003 a Hotărârii Curții Constituționale nr. 3 din 22 octombrie 2003 pentru confirmarea rezultatului referendumului național din 18-19 octombrie 2003 privind Legea de revizuire a Constituției României.

În articolul 5 al O.U.G. nr. 195 din 22 decembrie 2005 privind protecția mediului, cu modificările și completările ulterioare, sunt prevăzute garanțiile dreptului la un mediu sănătos și echilibrat ecologic, respectiv: accesul la informația privind mediul, cu respectarea condițiilor de confidențialitate prevăzute de legislația în vigoare; dreptul de asociere în organizații pentru protecția mediului; dreptul de a fi consultat în procesul de luare a deciziilor privind dezvoltarea politicii și legislației de mediu, emiterea actelor de reglementare în domeniu, elaborarea planurilor și programelor; dreptul de a se adresa, direct sau prin intermediul organizațiilor pentru protecția mediului, autorităților administrative și/sau judecătorești, după caz, în probleme de mediu, indiferent dacă s-a produs sau nu un prejudiciu; dreptul la despăgubire pentru prejudiciul suferit.

⁸ Pentru unele detalii referitoare la informația de mediu a se vedea Corneliiu Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 90-92, p. 604, p. 641-643; Mircea Dușu, Andrei Dușu, *Dreptul mediului*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 125, p. 146-148, Daniela Marinescu, Maria-Cristina Petre, *Tratat de dreptul mediului*, Ed. Universitară, București, 2014, p. 78-88, p. 426-427.

peisajul și ariile naturale, inclusiv zonele umede, marine și costiere, diversitatea biologică și componentele sale, inclusiv organismele modificate genetic, precum și interacțiunea dintre aceste elemente; factorii, cum sunt substanțele, energia, zgomotul, radiațiile sau deșeurile, inclusiv deșeurile radioactive, emisiile, deversările și alte evacuări în mediu, ce afectează sau pot afecta elementele de mediu; măsurile, inclusiv măsurile administrative, cum sunt politicile, legislația, planurile, programele, convențiile încheiate între autoritățile publice și persoanele fizice și/sau juridice privind obiectivele de mediu, activitățile care afectează sau pot afecta elementele și factorii anterior enunțați, precum și măsurile sau activitățile destinate să protejeze elementele de mediu; analizele cost-beneficiu sau alte analize și prognoze economice folosite în cadrul măsurilor și activităților de mai sus; rapoartele referitoare la implementarea legislației privind protecția mediului; starea sănătății și siguranței umane, inclusiv contaminarea, ori de câte ori este relevantă, a lanțului trofic, condițiile de viață umană, siturile arheologice, monumentele istorice și orice construcții, în măsura în care acestea sunt sau pot fi afectate de starea elementelor de mediu sau, prin intermediul acestor elemente, de factorii, măsurile și activitățile la care s-a făcut mai sus referire⁹.

Hotărârea Guvernului nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul, cu modificările ulterioare, stabilește condițiile, termenii de bază și modalitățile de exercitare a dreptului de acces la informația în discuție deținută de sau pentru autoritățile publice.

Potrivit actului normativ anterior menționat, solicitarea și furnizarea informației privind mediul se fac în conformitate cu prevederile Convenției privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziei și accesul la justiție în probleme de mediu, semnată la Aarhus la 25 iunie 1998.

În cadrul autorităților publice¹⁰ sunt organizate compartimente specializate de informare și relații publice, care trebuie să primească cererile prin care se solicită informații referitoare la mediu și care sunt obligate să ofere răspunsuri la respectivele solicitări.

Accesul la informație în materie de mediu trebuie asigurat fără a fi necesar ca solicitantul să declare vreun interes.

⁹ A se vedea art. 2 pct. 38 din O.U.G. nr. 195 din 22 decembrie 2005 privind protecția mediului, cu modificările și completările ulterioare, și art. 2 pct. 1 din H.G. nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul, cu modificările ulterioare.

¹⁰ Prin *autoritate publică*, în sensul art. 2 pct. 2 din H.G. nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul, cu modificările ulterioare, se înțelege: Guvernul, alte organe ale administrației publice, inclusiv organismele lor publice consultative, constituite la nivel național, regional sau local; orice persoană fizică sau juridică care îndeplinește funcții publice administrative conform legislației naționale, inclusiv responsabilități, activități sau servicii în legătură cu mediul; orice persoană fizică sau juridică care îndeplinește responsabilități sau funcții ori furnizează servicii publice în legătură cu mediul și este sub controlul unui organism sau al unei persoane din cele anterior menționate; această definiție nu include instituții sau organisme, atunci când acționează în calitate de organ judiciar sau legislativ.

Furnizarea unei informații privind mediul reprezintă regula, neputând fi refuzată decât în mod excepțional, în situații expres prevăzute de legislația incidentă, respectiv dacă: informația solicitată nu este deținută de sau pentru autoritatea publică la care a fost înaintată cererea¹¹; cererea este în mod evident nerezolvabilă; cererea este formulată într-o manieră prea generală; cererea privește materiale în curs de completare sau documente ori date nefinalizate¹²; cererea privește sistemul de comunicații interne, luând în considerare satisfacerea interesului public prin furnizarea informațiilor.

O solicitare de informații referitoare la mediu mai poate fi refuzată de autoritățile publice, în situația în care divulgarea respectivelor informații ar afecta: confidențialitatea procedurilor autorităților publice, atunci când aceasta este prevăzută de legislația în vigoare; relațiile internaționale, securitatea publică sau apărarea națională; cursul justiției, posibilitatea oricărei persoane de a fi subiectul unui proces corect sau posibilitatea unei autorități publice de a conduce o anchetă penală ori disciplinară; confidențialitatea informațiilor comerciale sau industriale, atunci când aceasta este prevăzută de legislația națională sau de reglementările Uniunii Europene în vigoare privind protejarea unui interes economic legitim, inclusiv interesul public în păstrarea confidențialității statistice și a secretului taxelor; drepturile de proprietate intelectuală; confidențialitatea datelor personale¹³ și/sau a dosarelor privind o persoană fizică, în cazul în care acea persoană nu a consimțit la divulgarea către public a informațiilor, atunci când confidențialitatea este prevăzută de legislația națională sau de reglementările Uniunii Europene în vigoare; interesele sau protecția oricărei persoane care a oferit voluntar informațiile cerute, fără ca acea parte să aibă obligația legală sau să fie posibil a fi obligată legal să furnizeze informațiile, cu excepția cazului în care acea persoană a consimțit la divulgarea informației respective; protecția mediului la care se referă astfel de informații cum ar fi localizarea speciilor rare¹⁴.

¹¹ În această situație, dacă autoritatea publică are cunoștință că informația este deținută de sau pentru o altă autoritate publică, transmite cererea acelei autorități cât mai repede posibil, dar nu mai târziu de 15 zile de la data primirii solicitării, și informează solicitantul despre acest aspect ori informează solicitantul despre autoritatea publică la care consideră că este posibil să fie depusă cererea de informații.

¹² Dacă o cerere pentru solicitarea de informații privind mediul este refuzată pe motivul că privește un material în curs de realizare, autoritatea publică este obligată să comunice solicitantului denumirea autorității care realizează materialul și data estimativă a finalizării acestuia.

¹³ În aplicarea acestei excepții este necesar să se aibă în vedere prevederile Legii nr. 677 din 21 noiembrie 2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, publicată în M. Of. nr. 790 din 12 decembrie 2001, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁴ Art. 11 și 12 din H.G. nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul, cu modificările ulterioare, și art. 4 pct. 3 și 4 din Convenția de la Aarhus privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziei și accesul la justiție în probleme de

Întrucât cazurile de refuz reprezintă situații de excepție de la regula accesului la informația privind mediul, acestea se interpretează în sens restrictiv, avându-se în vedere, pentru fiecare situație în parte, satisfacerea interesului public prin divulgarea informațiilor. Satisfacerea interesului public prin divulgare trebuie să fie analizată în comparație cu interesul satisfăcut prin păstrarea confidențialității, în fiecare situație în parte.

Răspunsul la o solicitare de furnizare a informației de mediu trebuie pus la dispoziția autorului cererii în cel mai scurt timp, fără a se depăși un termen de o lună de la data primirii cererii de către autoritatea publică, cu excepția situației în care volumul și complexitatea informației justifică prelungirea acestei perioade fără însă a se depăși un termen de două luni de la data primirii cererii de către autoritatea căreia i-a fost adresată cererea. În situația în care este necesară prelungirea termenului solicitantul trebuie să fie informat cât mai curând posibil și fără a se depăși termenul de o lună, despre aspectul potrivit căruia este necesar un termen mai îndelungat pentru furnizarea informației, cu indicarea motivelor care au determinat prelungirea termenului¹⁵.

Interesant este că, spre deosebire de H.G. nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul, cu modificările ulterioare, precum și de Convenția de la Aarhus privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziei și accesul la justiție în probleme de mediu, Legea nr. 544 din 12 octombrie 2001 privind liberul acces la informațiile de interes public¹⁶, cu modificările și completările ulterioare, stabilește termene de comunicare a răspunsurilor la solicitările de informații de interes public mai scurte. Astfel, potrivit art. 7 din acest din urmă act normativ, autorităților publice le revine obligația de a oferi răspunsul la o solicitare de furnizare a unei informații de interes public într-un termen de 10 zile de la data înregistrării cererii sau, în raport cu anumite aspecte precum dificultatea, complexitatea ori volumul lucrărilor de documentare, în cel mult 30 de zile de la data înregistrării solicitării, în această din urmă situație existând instituită în sarcina

mediu. Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C-71/10, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul art. 267 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, a stabilit că „o autoritate publică, în situația în care deține informații despre mediu sau astfel de informații sunt deținute în numele său, poate, în cazul evaluării comparative a intereselor publice servite de dezvăluire în raport cu interesele servite de refuzul dezvăluirii, în scopul aprecierii unei cereri vizând punerea acestor informații la dispoziția unei persoane fizice sau juridice, să țină seama în mod cumulativ de mai multe motive de refuz prevăzute de art. 4 alin. (2) din Directiva 2003/4/CE”, text legal ce cuprinde situații de excepție de la furnizarea informației privind mediul, preluate în legislația românească prin actul normativ de transpunere a directivei menționate.

¹⁵ Art. 4 din H.G. nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul, cu modificările ulterioare, și art. 4 pct. 8 din Convenția de la Aarhus privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziei și accesul la justiție în probleme de mediu.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 663 din 23 octombrie 2001.

autorității publice căreia i-a fost adresată cererea obligația legală de a comunica solicitantului, în termen de 10 zile, necesitatea prelungirii termenului. Mai mult, potrivit aceluiași act normativ, refuzul comunicării informațiilor solicitate se motivează și se comunică în termen de 5 zile de la primirea petițiilor.

Legislația în vigoare instituie în sarcina autorităților publice obligația de a ține evidența cererilor referitoare la furnizarea informațiilor privind mediul și de raportare a acestora, în anumite termene și cu respectarea anumitor proceduri.

Solicitările de informații referitoare la mediu trebuie înscrise într-un registru special, existent la nivelul fiecărei autorități publice, registru în care se consemnează modalitatea și termenul de rezolvare a respectivelor solicitări.

Autoritățile publice au obligația de a transmite un raport lunar, până la data de 10 a lunii ulterioare celei pentru care se face raportarea, cuprinzând evidența solicitărilor referitoare la furnizarea informațiilor privind mediul, către autoritatea publică centrală în a cărei subordine, coordonare sau autoritate se află, precum și la autoritatea publică locală pentru protecția mediului în a cărei rază teritorială își au sediul.

Rapoartele respective sunt centralizate de autoritățile publice locale pentru protecția mediului, care sunt obligate să transmită situația centralizată a acestora, până la data de 15 a lunii ulterioare celei pentru care se face raportarea, autorității publice regionale pentru protecția mediului.

Aceste autorități realizează centralizarea pe regiuni a solicitărilor referitoare la furnizarea informațiilor privind mediul și transmit evidența astfel întocmită, în termen de 5 zile de la primirea rapoartelor, Agenției Naționale pentru Protecția Mediului, care, la rândul său, întocmește evidența centralizată la nivel național a rapoartelor primite pe care o reactualizează lunar și o afișează pe propria pagină web până la sfârșitul lunii ulterioare celei pentru care se face raportarea¹⁷.

În sarcina autorităților publice este stabilită și obligația de a realiza diseminarea sistematică și activă către public a informațiilor referitoare la mediu, relevante activității lor și care este deținută de sau pentru acestea¹⁸.

¹⁷ Art. 9 din H.G. nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul, cu modificările ulterioare.

¹⁸ Este necesar ca informația privind mediul pusă la dispoziția publicului și diseminată în mod activ să fie permanent actualizată și să includă cel puțin: textele tratatelor, convențiilor și acordurilor internaționale la care România este parte, precum și legislația locală, regională, națională sau a Uniunii Europene privind mediul ori în legătură cu mediul; politicile, planurile și programele în legătură cu mediul; rapoartele progreselor privind implementarea documentelor și instrumentelor menționate anterior, atunci când sunt elaborate sau deținute în formă electronică de autoritățile publice; rapoartele privind starea mediului; datele sau rezumatele datelor rezultate din monitorizarea activităților ce afectează sau pot afecta mediul; avizele, acordurile și autorizațiile pentru activitățile cu impact semnificativ asupra mediului, precum și convențiile încheiate între autoritățile publice și persoanele fizice și/sau juridice privind obiectivele de mediu ori indicarea locului unde o asemenea informație poate fi solicitată sau găsită; studiile de impact asupra mediului și evaluările de risc privind elementele de mediu ori indicarea locului unde o asemenea informație poate fi solicitată sau găsită.

Practic, pe lângă obligația de furnizare a informației privind mediul realizată la cerere, autorităților publice le revine și obligația de a asigura publicului accesul la unele informații în materie de mediu și din oficiu.

Autoritățile publice au, de asemenea, obligația de a asigura în mod gratuit diseminarea imediată și fără întârziere a tuturor informațiilor privind mediul deținute de acestea, dacă există amenințări iminente asupra sănătății umane sau asupra mediului, datorate unor activități umane ori unor cauze naturale, care să permită publicului posibil a fi afectat să ia măsurile de prevenire ori de ameliorare a daunelor rezultate din respectiva amenințare.

Totodată, operatorii economici care își desfășoară activitatea în temeiul unei autorizații sau a unei autorizații integrate de mediu au obligația de a informa trimestrial publicul, prin afișare pe propria pagină web de internet sau prin orice alte mijloace de comunicare, despre consecințele activităților și/sau ale produselor lor asupra mediului.

Accesul la orice liste sau registre publice elaborate și puse la dispoziția publicului, precum și examinarea pe loc a informației solicitate se fac în mod gratuit¹⁹.

În ipoteza în care o persoană, care a solicitat să i se furnizeze informații referitoare la mediu, consideră că cererea sa a fost respinsă nejustificat, parțial sau în totalitate, a fost ignorată ori rezolvată cu un răspuns necorespunzător din partea unei autorități publice, aceasta se poate adresa cu plângere prealabilă conducătorului respectivei autorități publice, solicitând reconsiderarea actelor sau omisiunilor.

Persoana care consideră că a primit un răspuns nefavorabil sau care nu a primit răspuns la plângerea sa prealabilă în termenul stabilit de lege se poate adresa instanței de contencios administrativ competente²⁰.

Hotărârile judecătorești definitive prin care s-au admis acțiunile formulate constituie titluri executorii împotriva autorității publice care deține informația privind mediul²¹.

Cele câteva aspecte mai sus relevate, conduc, o dată în plus, la concluzia că protecția mediului reprezintă o preocupare semnificativă a autorităților cu competențe în domeniu.

Consider că asigurarea exercitării în condiții optime a dreptului de acces la informație în materie de mediu, cu rolul de a contribui la realizarea unei educații ecologice adecvate, la conștientizarea problemelor de mediu, la adoptarea unei atitudini

¹⁹ Art. 20, 24, 26 și 29 din H.G. nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul, cu modificările ulterioare.

²⁰ Procedura de soluționare a cererilor se realizează în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 554 din 2 decembrie 2004 a contenciosului administrativ, publicată în M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare.

²¹ Art. 16, 17 și 19 din H.G. nr. 878 din 28 iulie 2005 privind accesul publicului la informația privind mediul, cu modificările ulterioare.

corespunzătoare față de astfel de probleme, vine inclusiv în sprijinul îndeplinirii obligației legale ce revine tuturor persoanelor fizice și juridice de a proteja mediul²², cu toate implicațiile pe care îndeplinirea respectivei obligații le are asupra viabilității planetei.

²² Art. 35 alin. (3) din Constituția României, revizuită, art. 6 alin. (1), art. 94 alin. (1) din O.U.G. nr. 195 din 22 decembrie 2005, cu modificările și completările ulterioare.